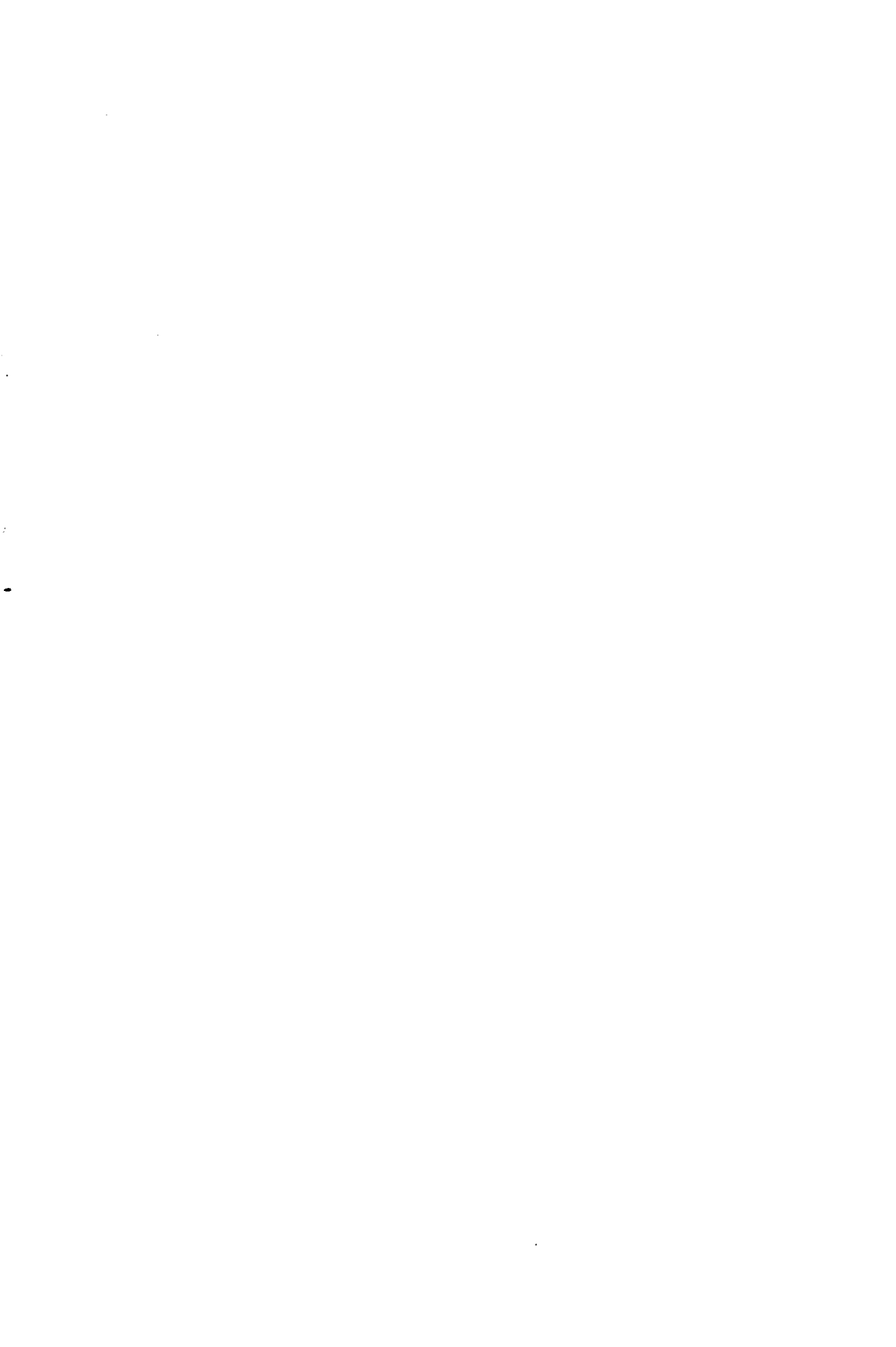


PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



**VII CONFERÊNCIA
DOS
TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS
EUROPEUS**

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Inicia-se neste número do Boletim de Direito Comparado a publicação dos documentos relativos à VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, que se realizou em Lisboa de 27 a 29 de Abril de 1987.

Após uma breve nota sobre a União dos Tribunais Constitucionais da Europa e as Conferências que, desde 1972, vem promovendo, incluem-se no presente volume os discursos proferidos por Suas Excelências o Presidente da República e o Presidente do Tribunal Constitucional na sessão solene de abertura da Conferência e o comunicado distribuído à imprensa no final dos respectivos trabalhos, bem como o relatório geral elaborado a partir dos relatórios dos tribunais e instituições participantes.

A publicação destes últimos será feita nos próximos números do Boletim.

1. A União dos Tribunais Constitucionais da Europa e as anteriores Conferências.

A União dos Tribunais Constitucionais da Europa é uma associação não personalizada nascida, no início dos anos 70, do aprofundamento das relações existentes entre os Tribunais Constitucionais jugoslavo, italiano e Federal alemão.

Integram-na presentemente as correspondentes instituições dos seguintes países: República Federal da Alemanha, Áustria, Espanha, França, Itália, Jugoslávia, Portugal, Suíça e Turquia.

Em 1972, os Tribunais da Jugoslávia, da Itália e da República Federal da Alemanha promoveram a realização em Dubrovnik da I Conferência de Tribunais Constitucionais Europeus, à qual assistiram como convidadas delegações de outras altas instâncias constitucionais europeias. A referida Conferência ocupou-se das questões da competência dos tribunais constitucionais e instituições similares, e da eficácia jurídica das suas decisões. Dois anos volvidos, teve lugar em Baden-Baden a II Conferência de Tribunais Constitucionais Europeus, dedicada ao exame de três questões: a interpretação conforme à Constituição, a iniciativa do controlo da constitucionalidade das normas jurídicas e o controlo dos tratados internacionais pelos tribunais constitucionais. A III Conferência decorreu em Roma, no ano de 1976. Em discussão estiveram, dessa vez, as relações entre a jurisdição constitucional e o legislador. As IV e V Conferências desenrolaram-se em Viena e Lausana, em 1978 e 1981, respectivamente: aquela, para tratar da situação e do significado dos direitos fundamentais em geral; esta, para se ocupar da situação e do significado desses direitos na esfera educativa. Em 1984,

realizou-se em Madrid a VI Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, subordinada ao tema «As relações entre o poder central e os poderes territoriais na jurisprudência constitucional».

Na Conferência de Madrid o Tribunal Constitucional português foi admitido como membro de pleno direito da União dos Tribunais Constitucionais da Europa. Ao mesmo tempo, Lisboa foi a cidade escolhida para a realização da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus (1).

2. A VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus

A VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus decorreu em Lisboa, nas instalações da Fundação Calouste Gulbenkian, de 27 a 29 de Abril de 1987.

Em Abril do ano anterior, realizara-se no Tribunal Constitucional a respectiva Reunião Preparatória, na qual tomaram assento delegações dos Tribunais que na altura pertenciam à União, a saber, além do Tribunal anfitrião, os Tribunais Constitucionais da Alemanha, da Áustria, da Espanha, da Itália, da Jugoslávia e o Tribunal Federal da Suíça. A Reunião Preparatória ocupou-se, fundamentalmente, da escolha do tema e da fixação da data da Conferência. A realização desta ficou marcada para um escasso ano depois; por seu turno, a partir de um conjunto de sugestões apresentadas pelo Tribunal português, foi escolhido como tema da Conferência «A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas».

O referido tema foi objecto de 19 relatórios nacionais, apresentados pelos tribunais e instituições participantes, com base num questionário previamente divulgado pelo Tribunal Constitucional português. O relatório geral, elaborado a partir dos mencionados relatórios, foi da autoria do Conselheiro José Manuel Moreira Cardoso da Costa.

(1) Sobre as Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus, ver o estudo do Dr. Karl-Georg Zierlein *Entwicklung und Möglichkeiten einer Union: Die Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, in *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Walter de Gruyter, Berlim — Nova Iorque, 1987, pp. 315-349.

A sessão solene de abertura da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus teve lugar na manhã do dia 27 de Abril e foi presidida por Sua Excelência o Presidente da República. A ela assistiram Suas Excelências o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro, bem como outras altas individualidades. Presente esteve também o Senhor Presidente da Fundação Calouste Gulbenkian. Na ocasião, usaram da palavra o Presidente do Tribunal Constitucional e a Sua Excelência o Presidente da República.

As cinco sessões de trabalho da Conferência repartiram-se pelos dias 27, 28 e manhã do dia 29 de Abril, tomando como base de discussão o relatório geral e os relatórios apresentados pelos Tribunais participantes. No termo da última sessão, realizou-se uma conferência de imprensa dos Presidentes dos Tribunais Organizadores, na qual foi divulgado o comunicado final da Conferência.

Refira-se, por último, que na Conferência de Lisboa foram admitidos na União dos Tribunais Constitucionais da Europa o Conselho Constitucional da França e o Tribunal Constitucional da Turquia, elevando-se assim a nove o número actual dos respectivos membros.

3. Palavras de Sua Excelência o Presidente do Tribunal Constitucional na sessão de abertura da Conferência

Senhor Presidente da República

Quis Vossa Excelência presidir a esta solene sessão de abertura e pronunciar nela as palavras que marcarão o início da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus.

Aqui encontra reunidos, além dos Presidentes e membros das delegações dos sete Tribunais organizadores, que formam a União dos Tribunais Constitucionais Europeus, os Presidentes e representantes de instituições idênticas ou com similares funções de mais treze países, da Santa Sé, da Comissão e do Tribunal dos Direitos do Homem, e do Tribunal de Justiça das Comunidades.

É para mim motivo de particular júbilo, que não escondo e antes desejo sublinhar, poder neste momento dirigir-lhe respeitosas saudações e manifestar-lhe sentimentos de desvanecido reconhecimento por deste modo nos haver, a todos quantos aqui nos encontramos, entendido honrar.

*Senhor Presidente da Assembleia da
República
Senhor Primeiro-Ministro*

Grande honra é a presença de Vossas Excelências.

Registo-a pelo que significa; e com isso deliberadamente acentuo o regozijo por haverem aqui escido a encontrarem-se aqui, que neste momento lhes exprimo.

Não o faço por motivos de circunstância; mas pela solidariedade institucional de que são a prova.

*Senhores Presidentes
dos Tribunais da União*

Agradeço-lhes terem deliberado na reunião de há três anos, em Madrid, que esta VII Conferência viesse a realizar-se em Lisboa e o Tribunal Constitucional português, como mais jovem membro da União, então admitido, fosse dela o anfitrião.

Agradeço-vo-lo publicamente, e, ao fazê-lo, peço-lhes que aceitem que nas pessoas de Vossas Excelências cumprimente as representações dos Tribunais da República Federal da Alemanha, da Áustria, da Espanha, da Itália, da República Socialista Federativa da Jugoslávia e da Suíça, que os acompanham.

*Senhor Presidente
da Fundação Gulbenkian*

É timbre desta tão prestigiosa e tão altamente prestigiada instituição, a que desde o primeiro instante Vossa Excelência imprimiu a marca inconfundível da sua orientação, a munificente largueza invariavelmente dispensada às manifestações superiores do espírito e da cultura.

A isso se deve a liberalidade de que nesta ocasião fruímos, utilizando instalações que ao nosso dispor graciosamente deliberou colocar.

Mas a ela se deve também, porque a Fundação e Vossa Excelência não são dissociáveis, a alegria de o ter aqui connosco. Não é coisa que possamos retribuir; mas tão pouco é coisa que alguma vez nos seja dado esquecer. Muito obrigado, Senhor Presidente da Fundação, por isso singelamente lhe digo.

Senhores Presidentes e membros das delegações dos Tribunais de Casação e de Arbitragem da Bélgica, do Supremo Tribunal de Chipre, do Supremo Tribunal da Dinamarca, do Supremo Tribunal da Finlândia, do Conselho Constitucional da França, do Tribunal Especial Superior da

Grécia, do Supremo Tribunal da Irlanda, do Supremo Tribunal da Islândia, do Conselho de Estado do Luxemburgo, do Supremo Tribunal da Noruega, do Supremo Tribunal dos Países Baixos, do Tribunal Constitucional da Polónia, do Tribunal Constitucional da Turquia

Endereço a Vossas Excelências, e às delegações que chefiam, cordiais boas-vindas, assegurando-lhes a satisfação de que é causa haverem as instituições que representam decidido associar-se, umas uma vez mais e outras pela primeira vez, na qualidade de observadores, a reunião como esta.

*Senhores Presidentes
do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias,
da Comissão Europeia dos Direitos do Homem,
e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*

É-me, de igual maneira, muito grato assinalar a presença de Vossas Excelências e a das representações que as secundam.

Elas têm um muito claro significado neste encontro de tribunais constitucionais europeus — todos eles comungando numa tradição segundo a qual o lugar de destaque pertence aos direitos e liberdades do Homem.

A presença de Vossas Excelências reitera-o de modo insofismável.

Cumprimento, enfim, a representação da Santa Sé, designada pela sua Secretaria de Estado.

E bem assim os Representantes Diplomáticos, os membros do Governo, os Senhores Presidentes dos Tribunais Supremos, o Senhor Procurador-Geral da República, o Senhor Provedor de Justiça, as autoridades civis e todos os que tomam parte nesta reunião e lhe emprestam, a ela assistindo, especial relevo.

*Ilustres convidados,
Senhores Conselheiros,
Minhas Senhoras e meus Senhores*

Reconhecidos como peça indispensável do Estado de Direito, quando este se queira estruturado em termos reais e não na base puramente formal de uma legalidade tão só aparente e concebida como mero instrumento do poder, os tribunais constitucionais principiaram a ser instituídos pelas Constituições da Europa ocidental primeiro timidamente, a seguir à Guerra de 14, e depois francamente e num crescendo, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. Tanto bastou para que a doutrina, ela mesmo vivamente interessada perante a solução, deles se tivesse passado a ocupar, não apenas procurando pôr a claro os múltiplos e complexos aspectos teóricos envolvidos, de par com as possibilidades práticas que a solução oferecia, mas também empenhando-se em alargar a pesquisa, numa atitude de bom quilate, aos domínios do direito comparado.

Tal fenómeno verificou-se e continua de igual modo a verificar-se em países do Leste, da América Latina, e mesmo de outras e mais longínquas paragens.

Em tal universalização residiria precisamente, aos olhos de alguns, a prova de que se não está perante voga enganadora e passageira, simples efeito mimético de um gosto de modernidade, mas de esforço sério, e por sempre maior número de países compartilhado, de suprir a fé cega depositada por Montesquieu no que imaginara serem as virtualidades, que hoje qualificaríamos como cibernéticas, da separação orgânica dos poderes do Estado. Na prática, a capacidade de automático reequilíbrio do sistema por eles formado nunca se verificou; e os dissídios saldaram-se, a bem dizer de maneira invariável, pela sobreposição de um poder relativamente aos demais. A visão de Montesquieu era em verdade, neste particular, uma visão puramente teórica. E foi contra ela, pressentindo o que havia de utópico no seu geometrismo, que nasceu a famosa teoria das *connections and blendings*, explicada por Madison no *Federalist* (1) como indispensável para que os poderes previstos na Constituição norte-americana — então ainda não em vigor — viessem a funcionar como um efectivo mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*); e, com ela, o princípio da *judicial review*, que fez do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos desde os primeiros anos do século passado, sob a mão firme do *Chief Justice* Marshall, a primeira jurisdição constitucional no sentido moderno da expressão.

(1) LXVII e LXVIII.

Alguns anos volvidos, Alexis de Tocqueville poderia comentar que «Dentro dos seus limites, o poder concedido aos tribunais norte-americanos de se pronunciarem sobre a inconstitucionalidade das leis é uma das mais poderosas barreiras jamais erguidas contra a tirania das assembleias políticas» (2). Tocqueville escrevia-o com não disfarçada admiração: ele próprio assistira aos repetidos fracassos e à subversão das intenções libertadoras da Revolução de 1789, a que tinha conduzido a tese da estrita divisão de poderes; e escrevia-o, também, com particular conhecimento de causa: antes de ser diplomata, ele próprio fora magistrado.

Mas os tempos que a seguir vieram iam mostrar que não era apenas a tirania das assembleias que se tornava necessário conter; era também — e, com o progresso tecnológico, de modo cada vez mais grave — a avassaladora tendência para a preponderância do Executivo, que acabaria inclusivamente por se aposar da mais larga parte, e da parte mais importante, da produção legislativa; e era ainda, desde que aos tribunais fora concedida (à maneira dos tribunais norte-americanos) competência jurisdicional em matéria de constitucionalidade, o risco de se ir perdendo em juízos desencontrados a imprescindível uniformidade de que a jurisprudência carecia, também neste domínio, para se impôr.

A criação de órgãos de Justiça constitucional procurou ser a resposta a estas dificuldades; e colocou esses órgãos fora do elenco dos tradicionais poderes do Estado.

Os tribunais constitucionais, e com eles os tribunais supremos quando as constituições lhes confirmam competência para actuar como derradeira instância em questões de constitucionalidade, passam com efeito a ser os juizes da conformidade com o espírito e a letra da Constituição não apenas da acção do poder Legislativo e do poder Executivo, mas igualmente da actividade do poder Judicial, confiado aos restantes Tribunais. O papel fundamental que assim são chamados a desempenhar, fora do elenco dos restantes poderes do Estado, não é senão o reflexo do carácter, ele mesmo fundamental, da própria lei em cujo nome decidem: a Constituição. Constituição que por seu turno forma a pedra de fecho da construção, a um tempo estruturada e estruturante, que é em sentido substancial o Estado de Direito.

(2) *De la Démocratie en Amérique* — Paris (16.^a ed. 1951), pp. 151-2. A 1.^a ed. é de 1835.

D. Manuel Garcia Pelayo soube, na abertura da VI Conferência, dizê-lo de modo lapidar e em admirável síntese: a tarefa que à Justiça constitucional cabe é a «de afirmar a primazia da Constituição sobre a ordem jurídica e política, como condição tanto para assegurar o funcionamento racional e, por aí, eficaz do Estado, como para garantir o respeito pelos valores políticos que o inspiram e legitimam».

2. O tema da presente Conferência é «A justiça constitucional no quadro das funções do Estado — vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas».

Este enunciado enquadra um conjunto de questões, entre si estreitamente concatenadas, que constitui aquela que sob certo aspecto poderá talvez ser considerada senão como a área mínima, pelo menos como a área central, ou nuclear, da competência jurisdicional em matéria de constitucionalidade. Pelo menos de harmonia e em consonância com a concepção ocidental de Estado de Direito, toda ela assente na perspectiva aristotélica de que um governo justo é um governo de leis, e não um governo de homens.

Foi sobre este tema que acabou por recair a escolha na reunião preparatória de Presidentes, que se efectuou no passado ano nesta mesma cidade de Lisboa.

Que me seja permitido, a terminar, colocar como exórdio aos nossos trabalhos este passo do preâmbulo das Ordenações Afonsinas, a primeira grande compilação de leis e outras fontes de Direito levada a cabo em Portugal, concluída em meados do séc. XV: «*cousa conhecida he, que toda a principal virtude das Leyx está na boa prática, e eixecuçom delas*».

Assim possamos, também nós, concorrer para a boa prática e execução do encargo que sobre os nossos Tribunais pesa — para que seja real a virtude das leis e verídica a paz social que devem promover.

4. Palavras de Sua Excelência o Presidente da República

*Senhores Presidentes dos Tribunais da União Europeia dos
Tribunais Constitucionais
Senhores Presidentes e membros das delegações dos
Tribunais Superiores convidados
Senhor Presidente da Assembleia da República
Senhor Primeiro-Ministro
Senhor Presidente do Tribunal Constitucional
Senhores Presidentes dos Tribunais Superiores Portugueses
Senhor Presidente da Fundação Calouste Gulbenkian
Senhores Presidentes do Tribunal de Justiça das
Comunidades Europeias, da Comissão Europeia dos
Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
Senhor Provedor de Justiça
Senhor Procurador-Geral da República
Senhores Conselheiros
Minhas Senhoras e meus Senhores*

A realização em Lisboa da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, além de representar um justo reconhecimento da importância do jovem Tribunal Constitucional Português, é o momento adequado para que se proceda a uma reflexão sobre a justiça constitucional — tão importante nas sociedades democráticas contemporâneas.

O aperfeiçoamento das democracias exige a consagração de instrumentos eficientes de defesa das leis fundamentais.

Os cidadãos e a sociedade necessitam de ter perante o Estado a garantia do respeito dos seus direitos e liberdades fundamentais e a certeza de que o poder político tem de ser algo cada vez mais próximo e participado. Ora, essa limitação

do poder pelo Direito e esse aperfeiçoamento da sociedade através da compreensão dos valores éticos-jurídicos, do evoluir das normas e da atenção à história apenas poderão ser alcançados se o respeito e a vivência das Constituições assentarem na existência de mecanismos que permitam assegurar na prática a aplicação equitativa do Direito fundamental.

E se é certo que alguns profetas da desgraça vão aparecendo a lançar suspeitas sobre a justiça constitucional, dada a proximidade que existe neste campo entre o político e o jurídico, a verdade é que importa dizer com clareza que constitui uma evidente superioridade do Estado democrático a possibilidade de entregar a um órgão independente a fiscalização do respeito da sua Lei Fundamental. Os sistemas ir-se-ão aperfeiçoando, mas é de realçar o princípio. Em Portugal, o Tribunal Constitucional, nascido com a revisão da Lei Fundamental operada em 1982, tem sabido, com exemplar sentido de justiça e aguda consciência das realidades, desempenhar a sua função, prestigiando a Democracia e contribuindo para a consolidação e afirmação das instituições democráticas.

Numa sociedade pluralista, onde os conflitos são aceites com naturalidade, procurando-se melhorar os instrumentos para sua regulação pacífica, equitativa e legítima, fácil é compreender que o Direito assuma uma importância decisiva. Daí a responsabilidade significativa da jurisprudência constitucional — que, antes de todas as outras, dá o primeiro sinal da vitalidade das instituições.

O tema que ocupa esta 7.^a Conferência é, neste contexto, apaixonante, abrindo inesgotáveis possibilidades de reflexão. «A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas», leva-nos ao cerne de um dos desafios mais exigentes que são postos ao Estado contemporâneo: o da compatibilização entre o intervencionismo público e a indispensabilidade de aperfeiçoamento da defesa da inviolabilidade da pessoa humana, da liberdade individual e dos direitos sociais, completada pela solidariedade livremente assumida.

O progresso do Direito e a resolução pacífica das grandes questões jurídico-constitucionais exigem que compreendamos que a sociedade moderna apresenta características complexas, que obrigam a que as condições de justiça e de equidade sejam alcançadas, não a partir de receitas clássicas, mas sim através do audaz entendimento daquilo que permanece e do que muda permanentemente.

O prestígio dos tribunais constitucionais, mercê da sua função angular nas sociedades modernas, é algo que deve ser alcançado em cada decisão e em cada juízo concreto. E manda a mais elementar justiça que realce neste momento

o modo como o Tribunal Constitucional português se impôs pela proibidade da sua acção, pela inteligência e equilíbrio das suas decisões e pela consciência cívica e competência jurídica dos seus qualificados membros, a começar pelo seu ilustre Presidente. O Tribunal tem sido um factor de estabilidade e de coerência, o que o coloca numa posição privilegiada entre Órgãos de Soberania como agente activo de consolidação e de afirmação da Democracia.

O Estado de Direito democrático só se aperfeiçoa se for capaz de criar limites à sua acção que permitam assegurar a fiscalização de constitucionalidade por iniciativa dos Órgãos de Soberania e das instituições e alargar a esfera afirmativa e criativa dos cidadãos. Eu próprio tenho em diversas circunstâncias requerido a intervenção do Tribunal, como é meu direito.

Deste modo, a jurisprudência constitucional deve desempenhar uma função essencial, na medida em que pode garantir, partindo de situações limite, a aplicação substantiva da Constituição, como carta magna da liberdade, dos direitos individuais e sociais e da democracia política, económica, social e cultural.

Hoje, sendo as Constituições modernas verdadeiros instrumentos mediadores entre a vontade e o interesse das pessoas e a afirmação do Estado democrático e pluralista e dos poderes públicos legitimados pelo sufrágio popular, é justo assinalar que a justiça constitucional surge como factor primordial de consolidação das sociedades livres.

Daí a importância deste encontro, que desde a primeira hora, e ainda como Primeiro-Ministro, acarinhei, até para que o diálogo que aqui se desenvolverá possa enriquecer as experiências múltiplas de todos os países aqui representados, e em particular da nossa jovem Democracia, o que estou certo acontecerá.

5. Comunicado final da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus

1. A VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus realizou-se em Lisboa, de 27 a 29 de Abril de 1987, tendo nela participado, através das suas delegações, como Tribunais Organizadores, os Tribunais Constitucionais da República Federal da Alemanha, da Austria, de Espanha, da Itália, da Jugoslávia e de Portugal e o Tribunal Federal da Suíça.

Participaram também como convidadas delegações do Tribunal de Cassação e do Tribunal de Arbitragem da Bélgica, dos Supremos Tribunais de Chipre, Dinamarca e Finlândia, do Conselho Constitucional de França, do Tribunal Especial Superior da Grécia, dos Supremos Tribunais da Irlanda e da Islândia, do Conselho de Estado do Luxemburgo, dos Supremos Tribunais da Noruega e dos Países Baixos, do Tribunal Constitucional da Polónia, da Santa Sé, do Tribunal Constitucional da Turquia, e ainda do Tribunal Europeu e da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

A sessão solene de abertura da Conferência foi presidida por sua Excelência o Presidente da República, com a presença das mais altas entidades portuguesas.

2. A Conferência teve por tema «A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas», tema que foi discutido ao longo de cinco sessões de trabalho, presididas sucessivamente pelos Prof. Dr. Armando Marques Guedes, Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, Prof. Dr. Wolfgang Zeidler, Presidente do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, pelo Prof. Dr. Ludwig Adamovich, Presidente do Tribunal Constitucional da Austria, pela Prof^a Dr^a Gloria Begué Cantón, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional de Espanha e pelo Prof. Dr. Antonio La Pergola, Presidente do Tribunal Constitucional de Itália. A sessão de encerramento foi presidida conjuntamente pelo Prof. Dr. Robert Patry, Presidente da Delegação do Tribunal Federal da Suíça, e pelo Conselheiro Presidente Ivan Franko, do Tribunal Constitucional da Jugoslávia.

3. A discussão do tema da Conferência teve por base os relatórios nacionais previamente apresentados pelos diferentes tribunais e instituições participantes e o relatório geral elaborado a partir daqueles pelo Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Juiz do Tribunal Constitucional português.

3.1. Considerando tais documentos e a discussão em torno deles travada, os trabalhos da Conferência permitiram pôr mais uma vez em evidência que a função primacial dos órgãos de justiça constitucional — a de assegurarem a conformidade das leis com a Constituição — é também a mais árdua e delicada das suas tarefas. Pois que aí se defronta a legitimidade (jurídico-constitucionalmente fundada) do seu poder de controlo, e da sua competência para fixar em definitivo o sentido e alcance da Constituição, com a liberdade constitutiva do legislador, também ela constitucionalmente garantida e democraticamente legitimada.

A tensão entre estas duas legitimidades é, pois, necessariamente inevitável; como serão sempre difíceis de traçar, com antecipada precisão, as fronteiras entre uma e outra. Trata-se de um problema clássico — *do* problema clássico — da justiça constitucional e da sua dogmática.

Essa tensão exprime-se privilegiadamente na problemática do «conteúdo» das decisões dos órgãos de justiça constitucional, podendo a tal respeito extrair-se dos trabalhos da Conferência as seguintes linhas fundamentais de orientação:

- aos Tribunais Constitucionais cabe uma função essencialmente *negativa* e constitucionalmente *vinculada*, por natureza distinta da função «constitutiva» do legislador; nesse quadro, porém, cumpre-lhes o indeclinável dever de tornar efectivos e actuantes na ordem jurídica os princípios e valores constitucionais;
- desse carácter «negativo» da função decorre que a competência de controlo contencioso da constitucionalidade se encontra sujeita a certos *limites funcionais*, os quais podem reconduzir-se à ideia fundamental de que não cabe aos Tribunais Constitucionais proceder a valorizações «políticas», nem tomar as correspondentes decisões;
- o reconhecimento destes limites funcionais não representa obstáculo, porém, ao acolhimento e à consagração, na prática dos Tribunais Constitucionais, de tipos de «decisão intermédia» entre os de um juízo simples de inconstitucionalidade e de não inconstitucionalidade. Tais tipos de decisões — que são no essencial obra de criação jurisprudencial — correspondem a exigências específicas da justiça constitucional, generalizadamente sentidas, e não põe fundamentalmente em causa a liberdade constitutiva do legislador, ainda quando induzam um certo efeito «modificador» (que será sempre «indirecto», e se situará num quadro de vinculação constitucional) na ordem jurídica.

3.2. Os trabalhos da Conferência permitiram bem assim examinar a problemática que se suscita no domínio das relações entre os Tribunais Constitucionais e outros órgãos específicos de controlo da constitucionalidade e os tribunais em geral. Também aqui as interferências são inevitáveis, em especial em sede de determinação da relevância da «questão da inconstitucionalidade» e da «interpretação em conformidade com a Constituição».

A tal propósito será de acentuar que se aos Tribunais Constitucionais cumprir respeitar a esfera própria de actuação dos tribunais «comuns», aos quais em primeira linha compete a interpretação e aplicação do direito ordinário, lhes cabe, porém, definir os *tópicos constitucionais* dessa interpretação e aplicação. Neste capítulo, pode dizer-se que em todos os ordenamentos é reconhecida à jurisprudência constitucional, e à correspondente «doutrina», uma preeminência orientadora e um incontestável relevo fáctico de «precedente».

3.3. No quadro do relacionamento dos Tribunais Constitucionais com outras instituições judiciais, a Conferência ocupou-se ainda da problemática que, ao nível da justiça constitucional, suscitam as cada vez mais intensas conexões entre as ordens jurídicas internas e a internacional, e entre aquelas e os ordenamentos jurídicos supranacionais.

Neste contexto foi posta em relevo a crescente importância desta problemática, a qual foi objecto de particular atenção no que toca ao domínio específico da competência da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

4. Paralelamente à celebração da Conferência teve lugar uma reunião dos Presidentes dos Tribunais Organizadores, a qual, após prévio debate, tomou nomeadamente as seguintes deliberações, que comunicou ao plenário da Conferência:

4.1. Precedendo pedido formal dessas instituições, admitir como membros dos Tribunais Organizadores das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus (União Europeia dos Tribunais Constitucionais) o Conselho Constitucional da França e o Tribunal Constitucional da Turquia.

4.2. Dar o seu apoio ao projecto apresentado pelos Presidentes dos Tribunais Constitucionais da R.F. da Alemanha e da Itália da instituição neste último país, em ligação com a Universidade de Bolonha, de um centro internacional de documentação de jurisprudência constitucional destinado a servir de base ao estudo e sistematização dos problemas jurídicos atinentes à competência dos Tribunais Constitucionais, centro cujo *curatorium* será integrado pelos Presidentes dos Tribunais da União ou seus representantes, solicitando para esta iniciativa o empenho de todos os Tribunais e Instituições participantes.

4.3. Reconhecendo a utilidade e a importância das reuniões periódicas dos Tribunais Constitucionais, mais uma vez comprovadas nesta oportunidade, fixar a realização da VIII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus no ano de 1990, na Turquia, aceitando assim a disponibilidade já antes manifestada pelo Tribunal Constitucional turco para assumir o encargo da respectiva organização.

Schlusskommunikat

1) Vom 27. bis zum 29. April fand in Lissabon die VII Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte statt. Es nahmen daran die veranstaltenden Verfassungsgerichte der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs, Spaniens, Italiens, Jugoslawiens und Portugals, sowie das schweizerische Bundesgericht teil.

Als eingeladene Delegationen nahmen zudem daran teil: Kassationshof und Schiedsgericht von Belgien, Oberster Gerichtshof von Zypern, Oberster Gerichtshof von Dänemark, Oberster Gerichtshof von Finnland, Verfassungsrat von Frankreich, Ausserordentlicher Oberster Gerichtshof von Griechenland, Oberster Gerichtshof von Irland, Oberster Gerichtshof von Island, Staatsrat von Luxemburg, Oberster Gerichtshof von Norwegen, Oberster Gerichtshof der Niederlanden, Verfassungsgericht von Polen, der Vatikan, Verfassungsgericht der Türkei und zudem das Europäische Gericht und die Europäische Kommission für Menschenrechte und das Gericht der Europäischen Gemeinschaft.

Die feierliche Eröffnung stand unter dem Vorsitz des Präsidenten der Republik Portugal, sowie Vertretern der höchsten portugiesischen Körperschaften.

2) Das Thema der Konferenz war: «Die Verfassungsrechtssprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen in Bezug auf Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmässigkeit von Rechtsnormen».

Diese Vorgabe wurde während fünf Arbeitssitzungen diskutiert, die sukzessiv unter dem Vorsitz der folgenden Persönlichkeiten standen: Herrn Prof. Dr. Armando Marques Guedes, Präsident des Verfassungsgerichts von Portugal, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Zeidler, Präsident des Verfassungsgerichts der Bundesrepublik Deutschland, Herrn Prof. Dr. Ludwig Adamovich, Präsident des Verfassungsgerichts von Österreich, Frau Prof. Dr. Gloria Begué Cantón, Vizepräsidentin des Verfassungsgerichtes von Spanien und Herrn Prof. Dr. Antonio La Pergola, Präsident des Verfassungsgerichts von Italien.

Die Schlussitzung stand unter dem doppelten Vorsitz von Herrn Prof. Dr. Robert Patry, Präsident der Delegation des Bundesgerichts der Schweiz und Herrn Rat Ivan Franco, Präsident des Verfassungsgerichts von Jugoslawien.

3) Als Grundlage für die Arbeiten dienten die nationalen Berichte, die vorgängig von den verschiedenen Gerichten und teilnehmenden Organisationen eingereicht worden waren, sowie dem Hauptbericht, der von Herrn José Manuel Cardoso da Costa, Richter am portugiesischen Verfassungsgericht, ausgearbeitet worden war.

3.1.) Die Würdigung dieser Berichte und die Diskussion, die sich daraus entwickelte, zeigten einmal mehr, dass die Hauptfunktion der verfassungsgerichtlichen Institutionen — nämlich die Gewährleistung der Übereinstimmung der Gesetze mit der Verfassung — gleichzeitig deren wichtigste und schwierigste Aufgabe darstell. Hier treffen die (verfassungsrechtlich begründete) Legitimität ihres Kontrollrechts und ihre Kompetenz zur definitiven Festlegung der Bedeutung und Reichweite der Verfassung mit dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zusammen, der seinerseits ja ebenfalls von der Verfassung garantiert und demokratisch legitimiert ist. Die Spannung zwischen diesen beiden Legitimationen ist deshalb unvermeidlich; die Grenzen von vornherein mit Genauigkeit zu ziehen, dürfte deshalb immer schwierig sein. Es handelt sich hier um ein klassisches Problem — um nicht zu sagen, *das* klassische Problem — der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihrer Dogmatik.

Diese Spannung drückt sich in erster Linie in der Frage nach dem «Inhalt» der Entscheidungen der verfassungsrechtlichen Organe aus. Die Arbeiten der Konferenz führten zur Herausarbeitung der folgenden grundlegenden Linien:

- Dem Verfassungsgericht steht im allgemeinen eine *negative* Funktion zu und ist an die Verfassung *gebunden*; somit ist sie anderer Natur als die «gestaltende» Kompetenz des Gesetzgebers. Den Gerichten steht aber in diesem Zusammenhang die unabweisliche Pflicht zu, die verfassungsmässigen Prinzipien und Werte in der Rechtsordnung zu verwirklichen.
- Diesem «negativen Charakter» ihrer Funktion entspricht, dass die Zuständigkeit zur Kontrolle der Verfassungsmässigkeit gewissen *funktionellen Grenzen* unterworfen ist, die von der grundlegenden Idee ausgehen, dass es den Verfassungsgerichten nicht zusteht, politische Wertungen und Entscheidungen zu treffen und diese in ihre Urteilsprüche aufzunehmen.
- Die Anerkennung dieser funktionellen Grenzen stellt jedoch in der Praxis der Verfassungsgerichte kein Hindernis dar für die Annahme und Bestä-

tigung der vermittelnden Arten der Entscheidung, die zwischen einem einfachen Urteil der Verfassungswidrigkeit und einem Urteil der Nichtverfassungswidrigkeit liegen. Solche Entscheidungstypen — die grösstenteils von der Rechtsprechung selbst geschaffen wurden — entsprechen spezifische Bedürfnisse der Verfassungsrechtssprechung und werden allgemein als nötig empfunden. Sie stellen die grundsätzliche, gestaltende Freiheit des Gesetzgebers nicht in Frage, obwohl sie zu einem «modifizierenden» Effekt auf die Rechtsordnung führen (der immer «indirekt» sein dürfte und der im Rahmen der Bindung an die Verfassung steht).

3.2.) Die Arbeiten der Konferenz ermöglichten eine Prüfung der Problematik, die im Bereich der Beziehungen der Verfassungsgerichte und anderen spezifischen Organen der Verfassungskontrolle und der Gerichte im allgemeinen steht. Auch hier sind Überschneidungen unvermeidlich, besonders mit Bezug auf die Frage der Relevanz (Erheblichkeit) der «Verfassungsfrage» und der «verfassungskonformen Auslegung».

In diesem Zusammenhang gilt es zu betonen, dass wenn die Verfassungsgerichte den Zuständigkeitsbereich der gewöhnlichen Gerichte beachten müssen, denen in erster Linie die Auslegung und Anwendung des gesetzlichen Rechts zusteht, ihnen jedoch die Definition der verfassungsrechtlichen Grundsätze für die Auslegung und Anwendung derselben zusteht. Unter diesem Gesichtspunkt wird von allen rechtlichen Ordnungen der Verfassungsrechtssprechung und den entsprechenden Lehren die Leitfunktion und die Bedeutung des «Präzedenzfalls» anerkannt.

3.5.) Im Rahmen der Beziehungen zwischen den Verfassungsgerichten und anderen rechtssprechenden Institutionen, hat sich die Konferenz zudem mit den immer stärkeren Verbindungen beschäftigt, die zwischen den internen und internationalen, sowie den nationalen und supranationalen Rechtsordnungen entstehen.

Es wurde auf die wachsende Bedeutung dieser Problematik hingewiesen, besonders in Bezug auf die Zuständigkeit der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft.

4) Parallel zur Konferenz fand eine Versammlung der Präsidenten der veranstaltenden Gerichte statt, die nach vorgängiger Debatte folgende Beschlüsse fasste und den Plenum der Konferenz mitteilte:

4.1.) Aufgrund ihres formellen Beitrittsgesuchs werden folgende Institutionen als Mitglieder der veranstaltenden Gerichte der Konferenzen der Europäischen Verfassungsgerichte (Union der Europäischen Verfassungsgerichte) aufgenommen: Der Verfassungsrat von Frankreich und das Verfassungsgericht der Türkei.

4.2.) Die veranstaltenden Gerichte unterstützen ein Projekt, das von den Präsidenten der Verfassungsgerichte Deutschlands und Italiens vorgestellt wurde und das die Schaffung eines internationalen Dokumentationszentrums über Verfassungsrechtsprechung in Verbindung mit der Universität Bologna vorsieht. Dieses Zentrum soll dem systematischen Studium der juristischen Probleme in Bezug auf die Zuständigkeit der Verfassungsgerichte dienen. Das Kuratorium dieses Zentrums soll aus den Präsidenten der Gerichte der Union oder ihren Vertretern bestehen. Für dieses Vorhaben werden alle Gerichte und teilnehmenden Organisationen zur Mitarbeit aufgerufen.

4.3.) Die Nützlichkeit und Wichtigkeit dieser regelmässigen Treffen der Verfassungsgerichte wurde bei dieser Gelegenheit erneut anerkannt. Dies führte zur Festsetzung der nächsten VIII Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte im Jahre 1990 und zwar in der Türkei. Das Angebot des türkischen Verfassungsgerichtes, die entsprechende Organisation zu übernehmen, wurde somit dankend angenommen.

Communiqué Final

1. La VII^e Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes s'est tenue à Lisbonne, du 27 au 29 avril 1987. Y ont participé, en tant que Cours organisatrices, les Cours Constitutionnelles de la République Fédérale d'Allemagne, d'Autriche, d'Espagne, d'Italie, du Portugal et de Yougoslavie, ainsi que la Cour Fédérale de Suisse.

Y ont également participé en tant qu'invitées, des délégations de la Cour de Cassation et de la Cour d'Arbitrage de Belgique, des Cours Suprêmes de Chypre, du Danemark et de Finlande, du Conseil Constitutionnel de France, de la Cour Supérieure de Grèce, des Cours Suprêmes d'Irlande et d'Islande, du Conseil d'Etat du Luxembourg, des Cours Suprêmes de Norvège et des Pays-Bas, de la Cour Constitutionnelle de Pologne, du Saint-Siège, de la Cour Constitutionnelle de Turquie, ainsi que de la Cour Européenne et de la Commission Européenne des Droits de l'Homme et de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

La session solennelle d'ouverture fut placée sous la Présidence de Son Excellence M. le Président de la République et fut honorée de la présence des plus hautes autorités portugaises.

2. Le thème de la Conférence: «La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'Etat, à la lumière des modalités, du contenu et des effets des décisions sur la constitutionnalité de normes juridiques», fut traité durant cinq sessions de travail, successivement présidées par MM. les Professeurs: Docteur Armando Marques Guedes, Président de la Cour Constitutionnelle du Portugal, Docteur Wolfgang Zeidler, Président de la Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne, Docteur Ludwig Adamovich, Président de la Cour Constitutionnelle d'Autriche, par M^{me} le Professeur Docteur Gloria Begué Cantón, Vice-Président de la Cour Constitutionnelle d'Espagne, et par M. le Professeur Docteur Antonio La Pergola, Président de la Cour Constitutionnelle d'Italie. La session de clôture fut coprésidée par M. le Professeur Docteur Robert Patry, Président de la délégation de la Cour Fédérale de Suisse, et par M. le Conseiller Président Ivan Franko, de la Cour Constitutionnelle de Yougoslavie.

3. Le thème de la Conférence fut débattu sur la base des rapports nationaux préalablement présentés par les diverses Cours et institutions participantes et du rapport général élaboré par M. le Conseiller José Manuel Cardoso da Costa, juge à la Cour Constitutionnelle portugaise.

3.1. Prenant en considération lesdits documents et les débats qu'ils permirent de développer, les travaux de la Conférence mirent une fois de plus en évidence que la fonction primordiale des organes de justice Constitutionnelle — celle d'assurer la conformité des lois avec la Constitution — est également la plus ardue et la plus délicate de leurs tâches. Car là, la légitimité (juridiquement et constitutionnellement fondée) de leur pouvoir de contrôle, et de leur compétence pour fixer en dernier ressort le sens et la portée de la Constitution, s'affronte avec la liberté Constitutive du législateur, laquelle est aussi Constitutionnellement garantie et démocratiquement légitimée. La tension entre ces deux légitimités est donc nécessairement inévitable; comme il sera toujours difficile de tracer, avec une précision anticipée, la frontière entre l'une et l'autre. Il s'agit d'un problème classique — *du* problème classique — de la justice constitutionnelle et de sa doctrine.

Cette tension s'exprime de manière privilégiée dans la problématique du «contenu» des décisions des organes de justice constitutionnelle, et l'on peut, à ce propos, tirer des travaux de la conférence les orientations fondamentales suivantes:

- est attribuée aux Cours Constitutionnelles une fonction essentiellement *négative* et *subordonnée* à la Constitution, fonction distincte par nature de la fonction «Constitutive» du législateur; dans ce cadre, cependant, leur incombe l'imprescriptible devoir de rendre applicables et opérants dans l'ordre juridique les principes et valeurs Constitutionnels;
- de ce caractère «négatif» de la fonction, il découle que la compétence en matière de contrôle contentieux de Constitutionnalité se trouve soumise à certaines *limites fonctionnelles*, que l'on peut inscrire dans l'idée fondamentale qu'il n'appartient pas aux Cours Constitutionnelles de procéder à des valorisations ou à des choix «politiques», ni de prendre les décisions qui leur correspondraient;
- la reconnaissance de ces limites fonctionnelles ne fait cependant pas obstacle à la réception et à la consécration, dans la pratique des Cours Constitutionnelles, de types de «décisions intermédiaires», entre celui du jugement simple d'inconstitutionnalité et celui de non-inconstitutionnalité. De tels types de décisions — qui sont, pour l'essentiel des créations de l'activité jurisprudentielle — correspondent à des exigences spécifiques de la justice constitutionnelle, ressenties de façon généralisée, et ne mettent pas fondamentalement en cause la liberté constitutive du législateur, encore qu'ils puissent induire un certain effet «modificateur» (qui sera toujours «indirect» et se situera dans le cadre de l'attachement à la constitution) de l'ordre juridique.

3.2. Les travaux de la Conférence ont ainsi permis d'examiner en profondeur la problématique que soulève le domaine des relations entre les Cours Constitutionnelles et autres organes spécifiques de contrôle de la constitutionnalité et les tribunaux en général. Les interférences sont également ici inévitables, principalement en ce qui concerne la définition de la pertinence de la «question de l'inconstitutionnalité» et de «l'interprétation en conformité avec la Constitution».

À ce sujet, il conviendra de souligner que, s'il appartient aux Cours Constitutionnelles de respecter la propre sphère d'action des tribunaux «communs», à la compétence desquels ressortissent en tout premier lieu l'interprétation et l'application du droit ordinaire, il incombe aux premières de définir les *points Constitutionnels* fondant cette interprétation et cette application. Et on peut dire, sur ce chapitre, que dans tous les ordres sont reconnues à la jurisprudence Cons-

titutionnelle, et à la «doctrine» lui correspondant, une prééminence d'orientation de plus en plus respectée et une incontestable valeur factuelle de «précédent».

3.3. Dans le domaine des relations des Cours Constitutionnelles avec d'autres institutions judiciaires, la Conférence a également traité de la problématique que soulèvent, pour la justice constitutionnelle, les liaisons de plus en plus complexes entre les ordres juridiques internes et l'ordre international, en particulier les ordres juridiques supranationaux.

Dans ce contexte, fut relevée l'importance croissante de cette problématique, qui fit l'objet d'une attention toute particulière pour ce qui concerne le domaine spécifique de la compétence de la Commission et de la Cour Européennes des Droits de l'Homme, et de celle de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

4. Parallèlement au déroulement de la Conférence, s'est tenue une réunion des Présidents des Cours organisatrices, laquelle, après en avoir débattu, a notamment pris les délibérations suivantes, qu'elle a communiquées à la Conférence réunie en session plénière:

4.1. Faisant suite aux demandes formelles de ces institutions, admettre le Conseil Constitutionnel de France et la Cour Constitutionnelle de Turquie comme membres des Cours organisatrices des Conférences des Cours Constitutionnelles Européennes (Union des Cours Constitutionnelles d'Europe).

4.2. Donner son appui au projet présenté par les Présidents des Cours Constitutionnelles de la R. F. d'Allemagne et d'Italie d'instituer dans ce dernier pays, en liaison avec l'Université de Bologne, un centre international de documentation de la jurisprudence constitutionnelle, dont le *curatorium* reviendra aux Présidents des Cours de l'Union ou à leurs représentants et solliciter le soutien de cette initiative par toutes les Cours et institutions participantes.

4.3. Reconnaissant l'utilité et l'importance des réunions périodiques des Cours Constitutionnelles, ainsi que le démontre une nouvelle fois la présente Conférence décider de fixer la réalisation de la VIII^e Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes pour l'année 1990, en Turquie, accédant ainsi à la disponibilité antérieurement manifestée par la Cour Constitutionnelle turque d'assumer la charge de son organisation respective.

Closing Statement

1. The 7th Conference of the European Constitutional Courts was held in Lisbon from 27th to 29th April 1987 with the participation, as organisers, of delegations from the Constitutional Courts of the Federal Republic of Germany, Austria, Spain, Italy, Yugoslavia and Portugal and the Swiss Federal Court.

Delegations from the following bodies also participated in the Conference: The Court of Cassation and the Court of Arbitration of Belgium, the Supreme Courts of Cyprus, Denmark and Finland, the Constitutional Council of France, the Special High Court of Greece, the Supreme Courts of Ireland and Iceland, the Council of State of Luxembourg, the Supreme Courts of Norway and the Netherlands, the Constitutional Court of Poland, the Holy See, the Constitutional Court of Turkey, and the European Court and European Commission on Human Rights and the Court of Justice of the European Communities.

The opening ceremony was presided over by His Excellency the President of the Republic who was accompanied by the highest-ranking Portuguese officials.

2. The Conference had as its theme for discussion: «Constitutional jurisdiction in the context of State powers, as regards the modalities, contents and effects of the decisions on the constitutionality of juridical rules» and this theme was discussed throughout the five working sessions, presided over successively by Professor Armando Marques Guedes, President of the Constitutional Court of Portugal, Professor Wolfgang Zeidler, President of the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, Professor Ludwig Adamovich, President of the Constitutional Court of Austria, Professor Gloria Begué Cantón, Vice-President of the Constitutional Court of Spain and Professor Antonio La Pergola, President of the Constitutional Court of Italy. The closing ceremony was presided over by Professor Robert Patry, President of the delegation from the Federal Court of Switzerland and Councillor President Ivan Franko, of the Constitutional Court of Yugoslavia.

3. Discussion of the theme of the Conference was centred around the national reports previously presented by the different courts taking part in the Conference and the general report based on these and written by Councillor José Manuel Cardoso da Costa, Judge of the Portuguese Constitutional Court.

3.1 Considering these documents and the discussion ensuing from them, the Conference was once again able to agree that the primary function of organs of

constitutional jurisdiction — that of ensuring that laws conform to the Constitution — is also the most difficult and delicate of their tasks. It is in fact in this particular area that the legitimacy (on juridical and constitutional grounds) of their power of control and their competence to define the meaning and scope of the Constitution enters into conflict with the constitutive freedom of the legislator, which is also constitutionally guaranteed and democratically legitimate. The tension between the two forms of legitimacy is necessarily inevitable, since the boundaries between the one and the other are extremely difficult to set down precisely beforehand. It is as classic problem — *the* classic problem — of constitutional jurisdiction and its dogma.

This tension is expressly to be found in the problem of the «contents» of the decisions of organs of constitutional jurisdiction. With regard to this particular problem, the sessions of the Conference arrived at the following fundamental guidelines:

- The function of Constitutional Courts is essentially a «negative» one and is bound by the Constitution, being by its very nature different from the «constitutive» function of the legislator. Within this framework, however, the Constitutional Courts have the inescapable duty of ensuring that constitutional principles and values become effective in juridical terms;
- The «negative» aspect of their function leads to the fact that the competence to control the question of constitutionality in adversary proceedings is subject to certain *functional limits*, which may lead us back to the fundamental idea that it is not the duty of the Constitutional Courts to make «political» value judgments and choices, nor to make the corresponding decisions;
- The recognition of these fundamental limits does not constitute an obstacle, however, to the favourable acceptance and the enshrinement, in the practice of Constitutional Courts, of types of «intermediary decisions» between those of a simple judgment of unconstitutionality or non-unconstitutionality. Such types of decisions — which are essentially the fruit of jurisprudence — correspond to the generally felt and specific demands of constitutional jurisdiction, and they do not bring the constitutive freedom of the legislator into question, even when they induce a certain «modifying» effect (which will always be «indirect» and will be found within a framework of constitutional binding force) in the juridical order.

3.2 The Conference also examined the problems raised by the relationship between Constitutional Courts and other specific organs of constitutionality control and the courts in general. Here, too, interferences are inevitable, especially in the area of determining the relevance of the «question of unconstitutionality» and «interpretation in conformity with the constitution».

To this end, it must be pointed out that if it is the duty of the Constitutional Courts to respect the sphere of action of «common» courts, which must in the first instance interpret and apply ordinary law, it is moreover also the duty of the Constitutional Courts to define the *constitutional topics* of this interpretation and application. In this domain, it may be said that all legal systems ascribe a guiding pre-eminence and an incontestable precedent-establishing role to constitutional jurisprudence and its corresponding doctrine.

3.3 In the area of the relationship of Constitutional Courts with other judicial institutions, the Conference also dealt with the problem which, at the level of constitutional jurisdiction, is raised by the ever increasing connections between internal and international juridical orders, and between the former and supranational juridical systems.

In this context, the growing importance of this problem was emphasised and particular attention was paid to the further problem with regard to the specific domain of the competence of the European Commission and the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Communities.

4. During the Conference, a special meeting of the Presidents of the Organising Courts took place, as a result of which, after discussion, the following decisions were made and later communicated to the Plenary meeting:

4.1. Following a formal request from the respective institutions, it was decided to admit as members of the Courts which organise the Conferences of European Constitutional Courts (Union of Constitutional Courts of Europe) the Constitutional Council of France and the Constitutional Court of Turkey.

4.2. The Presidents of the Organising Courts further decided to give their support to a plan submitted by the Presidents of the Constitutional Courts of the Federal Republic of Germany and Italy for the establishment in the latter country of an International Centre of Documentation on Constitutional Jurisprudence, which will be linked to the University of Bologna. This centre is intended to provide a basis for the systematic study of juridical problems related to the powers

and competence of Constitutional Courts. The curatorship of the centre will be the responsibility of the Presidents of the Courts belonging to the Union or their representatives. All the Courts and institutions participating in the Conference are requested to lend their wholehearted support to this initiative.

4.3. Recognising the usefulness and importance of periodical meetings of the Constitutional Courts, which was once more proved by this meeting, it was decided to establish that the 8th Conference of European Constitutional Courts should take place in Turkey in 1990. The Turkish Constitutional Court has already expressed its willingness to accept responsibility for the organisation of the Conference.

!

VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus

**A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL
NO QUADRO DAS FUNÇÕES DO ESTADO VISTA À LUZ DAS ESPÉCIES,
CONTEÚDO E EFEITOS DAS DECISÕES
SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE
DE NORMAS JURÍDICAS**

RELATÓRIO GERAL

Relator:

JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA
Juiz do Tribunal Constitucional Português

Lisboa — Abril 1987

ÍNDICE

Nota prévia

1. Introdução

1.1. Órgãos da justiça constitucional

1.2. Modalidades e vias processuais de controlo da constitucionalidade

- a) Controlo preventivo e sucessivo*
- b) Controlo abstracto (principal) e concreto (incidental)*
- c) Requerimento individual e queixa constitucional*
- d) Outros*

1.3. Âmbito e objecto do controlo

- a) Leis e outros preceitos jurídicos*
- b) Preceito e norma*
- c) Omissões legislativas*

1.4. Padrões ou parâmetros do controlo

2. Conteúdo das decisões

2.1. Os tipos simples ou extremos

2.2. Os tipos intermédios

- a) Interpretação conforme à Constituição*
- b) Inconstitucionalidade parcial*
- c) Decisões apelativas e de mero reconhecimento da inconstitucionalidade*
- d) Decisões construtivas*
- e) Outros*

2.3. Decisões integrativas e substitutivas

3. Vinculatividade das decisões

- 3.1. Eficácia limitada ao caso e eficácia erga omnes
- 3.2. Força de caso julgado. Força de lei. Força obrigatória geral (precedente)
- 3.3. Vinculação dos órgãos de justiça constitucional às suas decisões

4. Eficácia temporal das decisões

- 4.1. — 4.2. Eficácia «ex nunc» ou «ex tunc»
- 4.3. Eficácia pro futuro
- 4.4. Efeito de repristinação

5. Os poderes dos órgãos da justiça constitucional na determinação do conteúdo e efeitos das suas decisões (*síntese conclusiva*)

- a) Pré-determinação constitucional ou legal e autonomia dos Tribunais
- b) O âmbito, os limites e o significado desses poderes face:
 - b.1. ao poder legislativo
 - b.2. aos tribunais em geral
 - b.3. aos tribunais internacionais ou supranacionais

NOTA PRÉVIA

O presente relatório segue basicamente o questionário oportunamente enviado aos Tribunais participantes e cinge-se aos temas nele enunciados.

Serviram de base à sua elaboração os Relatórios apresentados pelos seguintes Tribunais e instituições: Tribunal Constitucional da R.F. da Alemanha, Tribunal Constitucional da Áustria, Tribunal de Arbitragem e Tribunal de Cassação da Bélgica, Tribunal Constitucional de Espanha, Conselho Constitucional da França, Supremo Tribunal da Finlândia, Supremo Tribunal da Holanda, Supremo Tribunal da Irlanda, Tribunal Constitucional da Itália, Tribunal Constitucional da R.S.F. da Jugoslávia, Tribunal de Estado do Principado do Liechtenstein, Conselho de Estado do Luxemburgo, Tribunal Constitucional da Polónia, Tribunal Constitucional de Portugal, Tribunal Federal da Suíça, Tribunal Constitucional da Turquia e Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

1. Introdução

1.1. *Órgãos da justiça constitucional.*

Sob o ponto de vista dos «órgãos da justiça constitucional», continua a verificar-se nos diversos ordenamentos jurídicos e jurídico-constitucionais europeus uma clara distinção ou contraposição entre aqueles que prevêem e os que não prevêem uma instituição jurisdicional específica para o exercício dessa função, ou parte dela.

Entre os primeiros contam-se os ordenamentos dos países em que se acha instituído um «Tribunal Constitucional» (Alemanha Federal, Áustria, Espanha, Itália, Jugoslávia, Polónia, Portugal e Turquia) ou um Tribunal similar (Tribunal Federal Suíço, Tribunal de Estado do Liechtenstein), ordenamentos esses a que cumpre acrescentar o francês (onde cada vez menos se contesta que o Conselho Constitucional decide como um órgão jurisdicional) e mais recentemente o belga (depois da criação do Tribunal de Arbitragem).

Nos demais ordenamentos que cabe considerar, a «justiça constitucional» — na específica dimensão do controlo da constitucionalidade de normas jurídicas — é exercida, em grau variável, pela generalidade dos tribunais (tribunais comuns e administrativos). A maior ou menor extensão dessa competência tem sobretudo a ver com a possibilidade de controlo das leis em sentido formal (leis parlamentares), que é excluída em vários ordenamentos (*infra*, 1.3.).

Nos ordenamentos que conhecem um Tribunal Constitucional ou instituição similar nem sempre, porém, se acha inteiramente excluída a competência dos restantes tribunais para o controlo da constitucionalidade de normas jurídicas. Como ideia geral, pode dizer-se que, nesses ordenamentos, se encontra sempre reservado (ao menos em definitivo) àqueles Tribunais o controlo das normas com o valor de lei; e que, por via de regra, o controlo de normas com valor infra-legal cabe (ou cabe também), em medida e segundo procedimentos variáveis consoante os diversos ordenamentos, aos tribunais em geral. Indicações mais precisas a este respeito resultarão da exposição subsequente (*infra*, 1.2 e 1.3).

Entretanto, nos ordenamentos constitucionais em que não existe um Tribunal Constitucional ou similar não deixam, por vezes, de se encontrar consagrados certos institutos específicos de verificação e controlo da constitucionalidade, nem sempre de índole jurisdicional, que são expressão tanto da singularidade da respectiva ordem constitucional como das peculiaridades do respectivo ordenamento jurídico e institucional. É o caso do Luxemburgo, em que cabe ao Conselho de Estado examinar, também sob esse ponto de vista, todos os projectos de lei e propostas de emenda apresentados à Câmara dos Deputados; o caso da Finlândia, em que o Presidente da República e o «Conselho de Estado» podem pedir o parecer prévio do Supremo Tribunal ou do Supremo Tribunal Administrativo antes da apresentação de um projecto ao Parlamento ou antes de o Presidente promulgar um acto deste último (prática, todavia, relativamente rara), e em que a Comissão de Direito Constitucional do Parlamento desempenha um

importante papel de interpretação da Constituição e controlo da constitucionalidade (as posições por ela assumidas revestem-se duma grande autoridade de facto); e o caso da Irlanda, cuja Constituição concede ao Presidente igualmente a faculdade de pedir o parecer do Supremo Tribunal sobre a constitucionalidade de actos aprovados pelo Parlamento, parecer esse que se reveste de eficácia vinculativa (mas trata-se de um procedimento também raramente utilizado). Por outro lado, e ainda no que concerne ao caso irlandês, cabe referir que o controlo da constitucionalidade exercido pelos tribunais em geral, e em particular pelo Supremo Tribunal, acaba por assumir uma natureza e eficácia semelhantes aos do controlo levado a cabo por um Tribunal Constitucional, em virtude do teor das respectivas decisões sobre a matéria e da sua força de precedente (*infra*, 2.1 e 3).

1.2. *Modalidades e vias processuais de controlo da constitucionalidade.*

a) Uma primeira distinção fundamental a este respeito é a que cabe estabelecer entre o controlo *preventivo* (antes do início da vigência das normas jurídicas) e o controlo *sucessivo* (quando as normas já entraram a fazer parte do ordenamento).

No que toca aos países em que a justiça constitucional se encontra institucionalizada num Tribunal Constitucional ou instituição similar, a primeira modalidade (controlo preventivo) é, em princípio, a única admitida em França (com ressalva da hipótese prevista no art. 37, alínea c, da Constituição): trata-se do controlo (obrigatório) das «leis orgânicas» e dos «regimentos» das câmaras do Parlamento e do controlo (facultativo) de acordos internacionais e leis parlamentares (por iniciativa do Presidente da República, do Primeiro-Ministro ou do Presidente de qualquer das Câmaras ou ainda, quando às últimas, de 60 deputados ou senadores).

Também em Portugal, Áustria, Itália e Espanha se acha expressamente consagrado um controlo preventivo. Em Portugal, esse controlo cabe, com qualquer fundamento, de todos os diplomas com valor legislativo ou equiparado (convenções internacionais, leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais); já na Áustria, Itália e Espanha tem um âmbito muito mais limitado, pois é admitido apenas quanto a questões de repartição de competência entre a Federação e os Estados federados (Áustria), quanto a leis regionais reprovadas pela respectiva assembleia depois da oposição do Governo (Itália) ou quanto a tratados internacionais (Espanha, onde, a partir de 1985, desapareceu a possibilidade de

controlo preventivo dos estatutos das «Comunidades Autónomas» e das «leis orgânicas»). Por outro lado, também na R.F. da Alemanha o Tribunal Constitucional veio a admitir, mesmo sem texto expresso, o controlo preventivo de leis de aprovação dos tratados internacionais.

Ainda no âmbito do controlo preventivo cabe incluir os procedimentos específicos de verificação da constitucionalidade a que se aludiu no final do número anterior (*supra*, 1.1.). Às situações então referidas deve acrescentar-se, entretanto, o caso da Bélgica, onde também o Conselho de Estado é chamado a emitir parecer prévio sobre o texto dos projectos e propostas de lei e de decreto, sem que nada exclua que o respectivo exame abranja a questão da constitucionalidade.

Não são numerosos, pois, os casos de admissão de um controlo preventivo de normas jurídicas. Mais generalizado — e sobretudo mais comum aos sistemas que conhecem uma jurisdição constitucional institucionalizada — é o controlo *sucessivo* da constitucionalidade.

b) No que toca a este último a distinção mais usualmente feita é entre o controlo *abstracto*, *directo* ou em *via principal* e o *controlo concreto* ou *incidental*: como é sabido, o primeiro tem lugar independentemente da aplicação da norma a um caso, enquanto o segundo ocorre a propósito dessa aplicação.

Pode dizer-se que nos sistemas jurídico-constitucionais sem jurisdição constitucional institucionalizada (i. é., sem Tribunal Constitucional ou equivalente) o controlo sucessivo, na medida em que seja admitido, é por natureza um controlo concreto ou incidental (*richterliches Prüfungsrecht*, *judicial review*) — abstraindo agora da possibilidade que nalguns desses sistemas se reconheça do controlo «directo» de normas infra-legislativas, *maxime*, de regulamentos.

É nos ordenamentos com uma jurisdição constitucional institucionalizada que a distinção verdadeiramente se manifesta, podendo dizer-se que em quase todos eles se consagram as duas modalidades de controlo, embora em diferente medida e com diversa importância. Constitui excepção o caso da Jugoslávia, em que todo o controlo parece ser havido como «abstracto», ainda quando a iniciativa do mesmo tenha partido de um juiz ou do Ministério Público, no contexto de um caso concreto. [Entretanto, deixa-se agora de lado o caso francês, já referido na alínea anterior, e o caso suíço, considerado especialmente a seguir: *infra* c)].

Quanto ao controlo *abstracto* importa sobretudo sublinhar que a iniciativa do respectivo processo é por via de regra reservada a determinados *órgãos e entidades públicas* ou *organismos sociais*. Constitui novamente excepção o direito

jugoslavo, e num duplo sentido: quer porque reconhece a faculdade de iniciativa a todos os cidadãos (acção popular), embora sujeita a um juízo prévio de admissibilidade por parte do Tribunal Constitucional (que já não tem lugar quando a iniciativa é de órgãos ou entidades públicas); quer porque admite a iniciativa (*ex officio*) dos próprios tribunais constitucionais (o da R.S.F. Jugoslávia e os das Repúblicas Federadas e Províncias).

Ainda quanto ao controlo abstracto refira-se que nalguns ordenamentos se estabelece *um prazo* dentro do qual ele deve ser requerido, após o que o controlo das correspondentes normas só poderá ter lugar através de outra via (*maxime*, do controlo concreto). Assim acontece na Itália (prazos de 30 ou de 60 dias, a contar da publicação, para a impugnação por uma Região de leis da República ou de outra Região), na Espanha (três meses a partir da publicação da lei), na Turquia (10 dias ou 60 dias, a contar da promulgação, consoante a irregularidade seja ou não de natureza formal) e na Polónia (cinco anos, a contar da publicação ou da aprovação do diploma, consoante os casos).

No que diz respeito ao controlo *concreto*, ou em via *incidental*, tem ele lugar, na generalidade dos sistemas jurídico-constitucionais com jurisdição constitucional institucionalizada, através do mecanismo da «questão prejudicial» da constitucionalidade, que é reenviada pelo tribunal da causa ao Tribunal Constitucional. Nalguns ordenamentos (Áustria, Polónia) esse reenvio ocorre qualquer que seja a natureza da norma cuja constitucionalidade (ou legalidade) é posta em causa; noutros, apenas ocorre quando a norma questionada seja de uma lei ou diploma com força legislativa ou equivalente (R.F. Alemanha, Itália, Espanha), o que permite dizer que a intervenção do Tribunal Constitucional, em tal caso, se justifica também pela «defesa da lei». Neste último tipo de situação cabe à generalidade dos tribunais o controlo concreto da constitucionalidade das restantes normas jurídicas, mormente das normas com valor infra-legal.

Os pressupostos para o reenvio da «questão da constitucionalidade» ao Tribunal Constitucional são em larga medida coincidentes nos diversos ordenamentos num ponto fundamental: o da relevância da norma para o caso a decidir pelo tribunal *a quo*, relevância essa cuja existência, pelo menos nalguns ordenamentos, o próprio Tribunal Constitucional controla (assim, na Itália, Espanha, Turquia; e, de modo semelhante, na Áustria, mas limitadamente a um «controlo de evidência»). Uma importante diferença, porém, subsiste entre o regime adoptado na R.F. Alemanha e nos restantes ordenamentos já referidos: enquanto nestes últimos o reenvio ao Tribunal Constitucional tem lugar desde que exista

«dúvida» fundada sobre a constitucionalidade, no primeiro ele só deverá ocorrer quando o tribunal *a quo* chegue ao resultado da «inconstitucionalidade» (monopólio da «decisão negativa»). Refira-se ainda que os diferentes ordenamentos também divergem quanto às instâncias legitimadas para propor ao Tribunal Constitucional a questão da constitucionalidade: enquanto nuns essa possibilidade se abre a todo e qualquer tribunal (ex.: R.F. Alemanha, Itália, Espanha), noutros abre-se apenas aos Supremos Tribunais e a tribunais de 2.^a instância, quando estejam em causa «leis» (ex.: Áustria), e noutros ainda estende-se a instâncias administrativas superiores (Polónia).

Regime diferente do da «questão prejudicial» é o consagrado no ordenamento português. Aqui é reconhecida a todos os tribunais competência, e competência oficiosa, para o controlo da constitucionalidade de toda e qualquer norma jurídica, cabendo-lhes o *dever* de recusar a aplicação, nos casos concretos submetidos ao seu julgamento, das normas que reputeem inconstitucionais. O controlo normativo concreto cumpre, pois, em primeira linha, aos tribunais em geral. Mas, das decisões destes sobre a «questão da constitucionalidade» cabe *recurso* para o Tribunal Constitucional, recurso que é *obrigatório* (devendo ser interposto pelo Ministério Público) quando a norma recusada conste de convenção internacional, acto legislativo ou regulamento promulgado pelo Presidente da República. Quando a «questão da constitucionalidade» tenha sido suscitada por uma das partes no processo, mas haja sido desatendida pelo tribunal da causa, aquela também pode recorrer para o Tribunal Constitucional, uma vez esgotados os recursos ordinários.

c) Modalidade específica de controlo normativo, que escapa à distinção entre o controlo abstracto e o controlo concreto, é a do controlo a *requerimento individual* dos cidadãos dirigido directamente ao Tribunal Constitucional, a qual se encontra prevista no ordenamento austríaco. Pode ter lugar na hipótese em que uma lei ou um regulamento afectem imediatamente (i. é, independentemente da sua aplicação através dum acto judicial ou administrativo) um cidadão, mas achasse subordinada ao «princípio da subsidiariedade» (i. é, só é admitida quando aos interessados não esteja aberta outra via judicial de recurso).

Esta modalidade aproxima-se do controlo normativo exercido através dos processos de «queixa constitucional» (*staatsrechtliche Beschwerde*, *Verfassungsbeschwerde*). No direito constitucional suíço é justamente através desse procedimento que o Tribunal Federal basicamente exerce o controlo da constitucionalidade

de normas jurídicas, sendo que a «queixa constitucional» tanto pode ser dirigida directamente contra um acto normativo (cantonal) como (indirectamente) contra um acto que o aplique. Também aqui vigora, no entanto, um princípio de subsidiariedade.

Igualmente no direito alemão-federal pode o controlo normativo ter lugar através do processo de «queixa constitucional», podendo também aí essa queixa ser dirigida inclusivamente contra leis e outras normas jurídicas, verificados certos apertados pressupostos (*maxime*, o da eficácia imediata e actual dessas normas). E ainda no próprio direito austríaco pode semelhante processo dar lugar a um controlo de constitucionalidade, mas na forma de «controlo concreto» por iniciativa do próprio Tribunal Constitucional.

d) Além das modalidades processuais de controlo normativo que ficam referidas, esse controlo pode ainda ocorrer, *incidentalmente*, noutros processos da jurisdição constitucional. Assim pode acontecer, v.g., em processos destinados a resolver *conflitos de competência* entre diferentes órgãos do Estado ou *litígios federais* ou *quase-federais*.

1.3. *Âmbito e objecto do controlo*

a) *Leis e outros preceitos jurídicos*. No âmbito do presente relatório importa fundamentalmente considerar o controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis e outras normas com *força de lei* ou equivalente. Essa possibilidade acha-se reconhecida em quase todos os ordenamentos considerados, com as seguintes especialidades e excepções:

- na Holanda, no Luxemburgo e na Finlândia (países que não conhecem uma jurisdição constitucional específica) um tal controlo não é admitido; é admitido, sim, um controlo de normas infra-legais («lei» em sentido simplesmente material), o qual na Finlândia se encontra expressamente previsto na Constituição;
- na Irlanda, o *judicial review* de leis post-constitucionais é reservado à *Supreme Court* e à *High Court*;
- na Suíça, acha-se excluído o controlo da *lei federal* e, bem assim, qualquer controlo «abstracto» de outras normas (regulamentos) *federais* (o controlo destes pode, todavia, ter lugar incidentalmente, sobretudo no recurso contencioso administrativo); o controlo respeita essencialmente, pois, a diplomas *cantonais*;

- na Bélgica, o controlo do Tribunal de Arbitragem, respeitando embora a leis e outros actos legislativos (decretos), é limitado, todavia, às questões de repartição de competência entre o Estado, as Comunidades e as Regiões; por outro lado, a orientação tradicional do direito belga é no sentido de não reconhecer à generalidade dos tribunais a faculdade de controlo de normas legais (mas a questão tem ultimamente sido objecto de discussão, a partir de um acórdão da *Cour de Cassation*, de 1974);
- em França, o controlo da constitucionalidade da lei resume-se, fundamentalmente, ao controlo preventivo já mencionado, pois que também é orientação tradicional a que recusa às jurisdições ordinária e administrativa esse controlo;
- na Turquia, acham-se excluídas do controlo contencioso (pelo Tribunal Constitucional) as leis que constituem a base da Revolução Kemalista, as editadas pelo Conselho de Segurança Nacional entre 1980 e 1983, e os decretos legislativos do Conselho de Ministros emitidos durante o estado de emergência ou de sítio;
- na Polónia, finalmente, a competência de controlo do Tribunal Constitucional é restrita às leis (e outros actos normativos) posteriores à revisão da Constituição polaca, de 1982.

Uma especial referência merece o controlo de *convenções internacionais* que em alguns ordenamentos é expressamente admitido, em graus e formas variáveis (Áustria, Espanha, França, Portugal), e noutros claramente excluído (Holanda, Polónia).

Por último, e no que respeita aos ordenamentos com uma jurisdição constitucional específica, cabe dizer que os respectivos mecanismos e procedimentos nem sempre estão exclusivamente votados ao controlo da constitucionalidade da *lei* (ou sequer ao controlo da *constitucionalidade*). Assim:

- na R.F. Alemanha o controlo *abstracto* cabe de quaisquer normas jurídicas, e tanto ele como o controlo concreto se estendem à compatibilidade do direito dos *Länder* como o direito federal;
- em Portugal, a competência do Tribunal Constitucional estende-se ao controlo (abstracto ou concreto) da constitucionalidade de *quaisquer normas jurídicas*, e abrange ainda o controlo de uma específica forma de «legalidade» (a que tem a ver com as regras de distribuição de competência legislativa entre o Estado e as Regiões Autónomas);

- na Áustria, a jurisdição constitucional abrange o controlo de leis e regulamentos (incluindo os regulamentos internos e quaisquer disposições gerais) e, pelo que toca aos últimos, não apenas o controlo da constitucionalidade mas ainda da legalidade; e semelhantemente se passam as coisas na Jugoslávia (onde a competência dos Tribunais Constitucionais abrange o controlo da constitucionalidade das leis, de outros actos jurídicos gerais e dos actos gerais de organismos de autogestão, bem como o controlo da legalidade destes dois últimos tipos de actos) e na Polónia (onde o controlo se estende a outros actos normativos, além das leis, e à simples «legalidade» deles).
- em Espanha e na França, finalmente, o controlo da constitucionalidade acha-se expressamente previsto também quanto aos «regimentos» das assembleias parlamentares.

b) *Preceito e norma*. Nalguns ordenamentos jurídico-constitucionais e na jurisprudência de alguns Tribunais Constitucionais tem-se posto a questão de saber se objecto do controlo de constitucionalidade são os *preceitos* ou *disposições* legais (o «texto» da lei) ou as *normas* que eles encerram. No primeiro sentido vai o Tribunal Constitucional espanhol, considerando que não entra na sua competência o controlo das «aplicações» dos preceitos legais; mas em sentido oposto parece ir a jurisprudência (e a doutrina) italiana, a partir da consideração dos casos de mera inconstitucionalidade *parcial* de um preceito (embora referindo sempre as decisões a uma certa lei ou artigo de lei).

Nos restantes Relatórios nacionais não se faz referência a este específico problema. Apenas no Relatório português se alude a uma questão com algum paralelismo, qual seja a de saber o que deve entender-se por «norma» para o efeito do controlo de constitucionalidade (já que a Constituição portuguesa reporta expressamente esse controlo a «normas»). O entendimento do Tribunal Constitucional português vem sendo o de que esse conceito deve ser tomado num sentido «funcional», tal que dele são de excluir os puros actos administrativos, as decisões judiciais e os actos «políticos», mas já não os «preceitos» legais de conteúdo individual e concreto e, em geral, quaisquer «regras de conduta» ou «critérios de decisão» para os particulares, para a Administração ou para o juiz.

Seja qual for a resposta mais rigorosa a dar à questão de enquadramento teórico que começou por enunciar-se, duas coisas parecem certas: por um lado, o controlo de «normas» há-de sempre incidir sobre um «texto» ou um «preceito» (legal)

que lhes sirva de suporte; por outro, isso não obsta a que unanimemente (pode dizer-se) se reconheça a possibilidade de simples inconstitucionalidades *parciais*, mesmo de índole «quantitativa» (*infra*, 2.2).

c) *Omissões legislativas*. Apenas em três dos ordenamentos constitucionais considerados se acha *expressamente* previsto o controlo da constitucionalidade de omissões legislativas: trata-se do ordenamento português, e dos ordenamentos jugoslavo e polaco. No primeiro, a Constituição estabelece a possibilidade de o Presidente da República, o Provedor de Justiça ou os presidentes das assembleias regionais (quando estejam em causa direitos das regiões) requererem ao Tribunal Constitucional que «verifique o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias» para tornar exequíveis certas das suas normas; no segundo, cabe mesmo na competência oficiosa dos Tribunais Constitucionais a faculdade de assinalarem às correspondentes assembleias a obrigação de serem emitidas normas legais ou de outra natureza para a execução da Constituição ou da lei — uma faculdade que tem uma amplitude tanto mais vasta quanto aos Tribunais Constitucionais jugoslavos cabe genericamente o poder e o dever de acompanhar os factos e situações com interesse para a concretização da constitucionalidade e da legalidade, e bem assim a faculdade genérica de apresentar «propostas» às assembleias para a emissão e alteração de leis; e no ordenamento polaco acha-se contemplada uma competência oficiosa semelhante do Tribunal Constitucional, para apresentar ao Parlamento observações sobre a existência de lacunas cuja eliminação é indispensável para assegurar a coerência do respectivo sistema jurídico.

Não obstante, a problemática das omissões legislativas não é desconhecida noutros ordenamentos, nem é de todo excluída a possibilidade de os respectivos órgãos jurisdicionais de controlo normativo apreciarem a ocorrência de tais omissões, retirando daí uma consequência de inconstitucionalidade (v. os Relatórios nacionais da R.F. Alemanha, Áustria, França, Irlanda, Itália e Turquia). Trata-se aí, porém, de omissões que podem dizer-se «relativas», isto é, omissões que respeitam a um certo regime ou preceito legal e decorrem basicamente da sua «incompletude», a qual pode ser fundamento da inconstitucionalidade do preceito ou diploma em causa (no Relatório francês dá-se o exemplo de uma lei em que o legislador ficou aquém da sua competência; mas a situação mais referida é a da não consideração, pelo legislador, de situações semelhantes às por ele contempladas, com violação do princípio da igualdade). Situando-se, pois, no contexto do controlo de normas, o problema ora referido tem a ver, no fundo,

com o do «conteúdo» das respectivas decisões, a tratar adiante (*infra*, 2.2). Acrescente-se aqui, apenas, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional austríaco parece ser a mais radical na matéria, ao considerar que as omissões em causa, sendo relevantes, podem ter unicamente como sanção a inconstitucionalidade do correspondente preceito.

Uma situação específica, atinente à problemática das «omissões legislativas», é a que pode resultar da revogação pura e simples duma lei necessária à execução de normas constitucionais ou à garantia de exigências da Constituição: tanto o Tribunal Constitucional português como o Conselho Constitucional francês já se pronunciaram sobre hipóteses desse tipo, concluindo pela inconstitucionalidade da norma revogatória.

1.4. *Padrões ou parâmetros de controlo*

Naturalmente que padrão ou parâmetro do juízo de «constitucionalidade» há-de ser a própria Constituição. E naturalmente também que onde a jurisdição constitucional compreenda o controlo da «legalidade» (de toda a legalidade ou de certa espécie dela), padrão ou parâmetro do correspondente julgamento há-de ser as normas hierarquicamente superiores cuja observância se visa garantir [v. *supra*, 1.3. alínea a)].

Quanto ao primeiro dos referidos parâmetros — único que importa considerar neste relatório — algumas observações complementares, todavia, se impõem.

Assim, e em primeiro lugar, deve dizer-se que na generalidade dos ordenamentos é a Constituição no seu todo — tanto, pois, no que toca às suas regras de competência e de procedimento legislativo, como aos seus princípios materiais e aos valores nestes incorporados — que é tomada como padrão do julgamento de constitucionalidade. A este respeito importará sobretudo destacar a evolução, nesse sentido, da jurisprudência do Conselho Constitucional francês, nos anos mais recentes, e também a evolução verificada na jurisprudência constitucional austríaca, no sentido de passar a conferir uma «efectividade» antes não reconhecida a princípios «abertos» (o princípio da igualdade, v.g.) ou a conceitos «indeterminados» (o de «bem público», p. ex.) da Constituição.

Representa uma excepção a essa orientação geral o direito belga, onde a competência do Tribunal de Arbitragem é limitada ao controlo da observância das regras constitucionais de competência legislativa, como se referiu [*supra*, 1.3. alínea a)].

Por outro lado, o facto de a generalidade das normas e princípios da Constituição valerem como padrão do juízo de constitucionalidade não exclui que circunstâncias ou razões processuais (a natureza e objecto do processo ou a legitimidade limitada da entidade que o promove) restrinjam, no processo em concreto, o âmbito dos preceitos e princípios constitucionais que podem ser considerados. Assim: no controlo abstracto perante o Tribunal Constitucional português, promovido por órgãos das regiões autónomas (que só pode ter como fundamento a violação dos direitos destas); de modo semelhante, no controlo normativo levado a cabo pelo Tribunal Constitucional da R.F. Alemanha em processos relativos a conflitos de competência; no controlo preventivo do Tribunal Constitucional austríaco [*supra*, 1.2. a)]; ou ainda no controlo levado a cabo, quer pelo Tribunal Constitucional alemão, quer pelo Tribunal Federal suíço, em processos de «queixa constitucional», que é restrita à violação de «direitos individuais» dos cidadãos (já não assim, em processos semelhantes, na Áustria).

Uma segunda observação que importa fazer é a de que em alguns relatórios se dá conta de um «alargamento» do parâmetro da constitucionalidade para além das normas e princípios consignados na Constituição «formal». É o caso, designadamente, do «bloco de constitucionalidade» definido pelo Conselho Constitucional francês (incluindo, não só os princípios para que reenvia o preâmbulo da Constituição, mas ainda os «princípios gerais de direito de valor constitucional» e a noção de «objectivos de valor constitucional»); como é o caso do reconhecimento de «normas constitucionais implícitas» pelo Tribunal Constitucional italiano; ou do recurso pelo Tribunal Constitucional turco aos «princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas»; ou também da consideração, pelo Tribunal Federal suíço, das garantias e direitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. E numa linha semelhante poderá ainda referir-se, porventura, o controlo de normas legislativas em sentido material (não parlamentares) pelos tribunais holandeses à luz dos «princípios gerais do direito».

Uma terceira nota é a de que também um «alargamento» do padrão da constitucionalidade se verifica quando o mesmo se estende a normas não-constitucionais por força ou em ligação com princípios e normas da Constituição. Trata-se do fenómeno das chamadas *normas interpostas*, especialmente considerado pela doutrina e jurisprudência italianas. Como normas nessas condições apontam-se aí as leis de delegação legislativa, os «princípios fundamentais estabelecidos nas leis do Estado» (relevantes para a definição da competência

legislativa regional) e as «normas de direito internacional geral» (de modo semelhante, quanto a estas últimas, também na Turquia). Em termos paralelos deve considerar-se o «bloco de constitucionalidade» a que o Tribunal Constitucional espanhol se refere, em sede de distribuição de competência legislativa entre o Estado e as Comunidades Autónomas, bloco no qual se integram, além das pertinentes normas da Constituição, os «Estatutos» das diferentes Comunidades e as leis delimitadoras, no quadro constitucional, do âmbito de tal competência. Também a problemática das normas interpostas tem sido objecto de frequente consideração pelo Tribunal Constitucional português, a propósito da questão específica do relevo, como padrão de controlo da «constitucionalidade», dos tratados internacionais (os quais, *segundo a doutrina dominante*, têm em Portugal, por *força da Constituição*, valor supra-legislativo): a jurisprudência das duas Secções do Tribunal encontra-se, a tal respeito, radicalmente dividida.

Finalmente, uma quarta observação que deve reter-se — e é assinalada no Relatório nacional italiano — é a do possível relevo da própria lei ordinária, quer como indicador e estabilizador da interpretação da Constituição, quer como *tertium comparationis* nos juízos de constitucionalidade à luz do «princípio da igualdade» (cada vez mais frequentes). É este último, porém, um tema que se liga já ao do «conteúdo» das decisões (*infra*, 2).

2. Conteúdo das decisões

Nos ordenamentos considerados oferecem-se dois modelos básicos de controlo da constitucionalidade de normas jurídicas: o do controlo *difuso* pela generalidade dos tribunais e o controlo *concentrado* por Tribunais Constitucionais ou similares [*supra*, 1.2.b)]. Assim, a primeira distinção que cabe fazer é entre o conteúdo das decisões nos dois casos: é que, se no controlo concentrado a decisão versa *directamente* sobre a questão da constitucionalidade e incorpora no seu teor o correspondente juízo, no controlo difuso a decisão visa imediatamente resolver outra questão jurídica (a «questão principal») submetida ao tribunal e, em geral, só nos seus *fundamentos* integra um juízo sobre a constitucionalidade da norma, juízo que se resolve na «aplicação» ou «não aplicação» desta ao caso concreto.

Um desvio a esta regra encontra-se, porém, no ordenamento *irlandês*, onde vigora o primeiro dos modelos indicados (e onde, de resto, a competência de *judicial review* tem expressa consagração constitucional): aí, na hipótese de inconstitucionalidade, o procedimento mais usual é o de o tribunal emitir uma

correspondente *declaração* formal (embora também ocorram casos em que aquele juízo figura só nos fundamentos da decisão).

Deve também notar-se que, mantendo-se em Portugal, não obstante a instituição do Tribunal Constitucional, a competência do controlo normativo da generalidade dos tribunais [*supra*, 1.2. b)] naturalmente que a decisão destes, nos casos concretos, se traduzirá na «aplicação» ou «não aplicação» da norma.

De referir é ainda, por outro lado, que mesmo em processos perante os Tribunais Constitucionais não deixam de surgir situações em que estes não emitem uma decisão directa sobre a constitucionalidade duma norma, mas simplesmente incorporam o correspondente julgamento nos fundamentos de uma outra decisão (com a consequência de um tal julgamento não produzir então os efeitos que aquela decisão directa teria): assim acontece nos processos de «queixa constitucional» perante o Tribunal austríaco, e pode acontecer, em processos idênticos, perante o Tribunal alemão e perante o Tribunal Federal suíço (neste caso, quando a queixa respeite a actos de aplicação do direito).

Na exposição subsequente considerar-se-ão basicamente as decisões *directas* sobre a questão da constitucionalidade.

2.1. *Os tipos simples ou extremos.*

Reconduzem-se, obviamente, a uma decisão, pura e simples, de *inconstitucionalidade* (decisões de «acolhimento» na terminologia italiana) ou a uma decisão de *sentido e alcance oposto* (decisões de «rejeição» na mesma terminologia). Em qualquer dos casos trata-se da emissão de um juízo simples, sem reservas ou condições. O respectivo conteúdo não é, porém, precisamente o mesmo em todos os ordenamentos e situações.

a) No tocante às decisões no sentido da *inconstitucionalidade*, elas incorporam antes de mais uma «*declaração*» ou «*pronúncia*» de *inconstitucionalidade*. Mas desde logo importa distinguir consoante são proferidas em controlo preventivo ou em controlo sucessivo. No primeiro caso, o seu conteúdo dispositivo traduz-se em impedir a entrada em vigor da norma; no segundo, ele consiste, em regra, em determinar a eliminação da norma do ordenamento jurídico.

Atendo-nos agora exclusivamente ao controlo sucessivo, deve dizer-se que o mencionado efeito se produz, em princípio, tanto no controlo concreto ou incidental (questão de constitucionalidade) como no controlo abstracto ou principal. Constitui excepção o caso português, já que, em virtude da particular

configuração do respectivo sistema de controlo, nas hipóteses de controlo concreto o Tribunal Constitucional é simplesmente chamado, em via de «recurso», a «rever» (limitadamente à «questão da constitucionalidade») uma decisão judicial prévia de aplicação ou não aplicação duma norma: cumpre-lhe, pois, simplesmente confirmá-la (decisão de «não provimento do recurso») ou revogá-la (decisão de «provimento do recurso»). Daí que, onde o juízo do Tribunal (em consonância ou em divergência com o da decisão recorrida) for no sentido da inconstitucionalidade, ele simplesmente se limite a «julgar a norma inconstitucional» (incorporando esse julgamento na decisão do recurso).

O modo como nos diferentes ordenamentos jurídicos se configura o efeito «cassatório» da norma não é, porém, idêntico. Nalguns, liga-se a esse efeito o da declaração da «nulidade» da norma (R.F. Alemanha, Turquia, Espanha, acrescendo, neste último país, o da «derrogação», quando se esteja perante normas pré-constitucionais); noutros, liga-se, em princípio, um efeito de «revogação» (Áustria, onde, todavia, estando em causa tratados internacionais ou normas revogadas, se pronuncia apenas uma «declaração de inconstitucionalidade»); noutros ainda, um efeito, por vezes qualificado de intermédio, de «anulação» (Itália, Bélgica); na Jugoslávia, no tocante a normas infra-legais, fala-se de «anulação» ou «revogação»; em Portugal, por último, a Constituição e a lei referem-se apenas à «declaração de inconstitucionalidade». O significado destas divergências, no tocante à eficácia (temporal) da decisão, será analisado *infra*, 4.1 e 4.2 .

Consideração à parte exigem os ordenamentos jugoslavo e polaco. E isso porque, aí, a declaração de inconstitucionalidade ou de «não conformidade» da norma não importa sempre ou imediatamente o seu efeito cassatório. Na Jugoslávia, estando em causa normas com o valor de «lei», as decisões dos Tribunais Constitucionais são comunicadas à respectiva assembleia, para que ela, no prazo de 6 meses (que pode ser prorrogado), reponha a constitucionalidade (revogando ou alterando a norma ou normas em questão); só no caso de inércia da assembleia, findo esse prazo, pode o competente Tribunal Constitucional emitir uma *segunda decisão* destinada a fazer cessar a vigência da norma. Na Polónia, todas as decisões declaratórias de «não conformidade» de normas são remetidas aos órgãos que emitiram estas últimas, cabendo depois distinguir consoante se trate de normas de lei ou decreto parlamentar ou de outras: no primeiro caso, cabe ao Parlamento decidir a revogação ou alteração da norma ou então (pela maioria exigida para a revisão constitucional) revogar a decisão do Tribunal; no segundo caso, o órgão normativo fica adstrito a revogar ou alterar a norma no prazo de 3 meses, sob pena de esta perder a sua eficácia obrigatória.

Ainda no tocante às decisões de «inconstitucionalidade», cumpre referir que, de uma maneira geral, o seu conteúdo (e âmbito) é delimitado pelo objecto do «pedido» (de harmonia com o consabido princípio *ne eat iudex ultra vel extra petita partium*), no controlo abstracto, ou da «questão da constitucionalidade», no controlo concreto. E, assim, bem se pode dizer que onde haja sido questionada apenas uma parte do preceito (uma alínea ou um número), a respectiva decisão de inconstitucionalidade «parcial» corresponde ainda, afinal, a uma decisão «simples».

O «princípio do pedido» estende-se, em regra, apenas ao «objecto» da decisão (a norma questionada), e não aos fundamentos da inconstitucionalidade (normas ou princípios violados): nesse sentido, por ex., é expressa a Lei do Tribunal Constitucional português. Mas por vezes vai mais longe, como parece acontecer no ordenamento suíço, se bem se entendeu o respectivo Relatório nacional.

Um tal princípio, porém, não é reconhecido sem excepções. Assim, pode dizer-se que não vigora na Jugoslávia nem na França (aqui, naturalmente, no âmbito do controlo preventivo), e que conhece duas importantes limitações na R.F. Alemanha (a decisão pode estender-se a outras disposições da «mesma» lei, inconstitucionais pelos «mesmos» fundamentos) e na Áustria (quando a inconstitucionalidade resulte da infracção de uma regra de competência ou de forma). Na Espanha, por sua vez, está legalmente previsto o alargamento da decisão por uma razão de «conexão ou consequência», e idêntica declaração «consequencial» de inconstitucionalidade se admite na Itália.

b) Pelo que respeita às decisões de *sentido oposto ao da inconstitucionalidade*, fundamentalmente importa referir que, na sua modalidade mais frequente e usual, elas assumem um carácter puramente «negativo» (como se diz no relatório suíço) traduzindo-se, ou numa «*não declaração de inconstitucionalidade*» (é a fórmula portuguesa, no controlo abstracto sucessivo; e de modo semelhante na Jugoslávia), ou então, de modo ainda mais simples, na «negação de provimento» (rejeição) da acção, do recurso ou da questão de constitucionalidade (assim, p. ex., além da Suíça, na Espanha, Itália, Bélgica, Irlanda, Áustria). Em qualquer das duas variantes o que os Tribunais não pronunciam é uma declaração «positiva» da «constitucionalidade» da lei ou da norma questionada: o correspondente juízo só de maneira «indirecta» poderá resultar da decisão (como se acentua no relatório jugoslavo).

Há, porém, situações e ordenamentos onde essa declaração positiva de *conformidade constitucional* ou de *não inconstitucionalidade* tem lugar. Assim

acontece, desde logo, no controlo preventivo dos ordenamentos irlandês e francês (mas já não no controlo preventivo português) [*supra*, 1.1 e 1.2. b)]; e acontece, bem assim (agora já no âmbito do controlo sucessivo), na R.F. Alemanha, na Polónia e ainda na Turquia.

Desde já se deve adiantar que a distinção referida não é isenta de consequências jurídicas, pois que a ela correspondem, em via de máxima, efeitos materiais e processuais diversos das decisões (nomeadamente no tocante à medida do seu efeito preclusivo): isso se referirá, *infra* 3.

2.2. Os tipos intermédios.

Não obstante a decisão sobre a questão da constitucionalidade de normas jurídicas dificilmente poder deixar de reconduzir-se «formalmente» a uma das alternativas simples que vêm de referir-se, a verdade é que, sob essa capa, e por vezes rompendo mesmo esse esquema alternativo binário, não deixou a jurisprudência constitucional de desenvolver tipos ou modelos «intermédios» de decisão, isto é, situando-se «substancialmente» (quando não mesmo «formalmente») entre os dois extremos apontados.

Podendo dizer-se que se trata de um fenómeno inteiramente generalizado, não será arriscado situar a sua mais funda raiz na consciência de que uma decisão de inconstitucionalidade implica sempre, afinal, uma «desautorização do legislador» (*contempt of Parliament*), o que logo denuncia a sua «gravidade». E a isso acresce, depois, que tal decisão pode acarretar por vezes, ao menos no imediato, dificuldades não negligenciáveis, designadamente de ordem institucional. Bem se compreende, pois, que em todos os ordenamentos, com maior ou menor amplitude, a jurisprudência desde cedo tenha vindo a adoptar «técnicas de decisão» que permitem evitar aquele resultado, quando ele de todo em todo se não imponha.

a) A primeira dessas técnicas é a da *interpretação em conformidade com a Constituição*. Trata-se, como é sabido, de reinterpretar a norma, recusando-lhe o sentido ou sentidos que conduziriam à sua inconstitucionalidade e, eventualmente, fixando-lhe um outro compatível com a Constituição. É um procedimento que, como se escreve no Relatório austríaco, porventura pode reconduzir-se a uma sub-espécie da «interpretação sistemático-teleológica» do direito, o que e explicará, no fundo, a sua «universal» aceitação (por vezes, sob uma denominação específica, como a de «interpretação neutralizante», em França). (Esta difusão do

método estende-se mesmo — será curioso referi-lo — a ordenamentos em que se acha integral ou parcialmente vedado o controlo judicial da constitucionalidade da «lei», funcionando aí como «compensação» para tal ausência de controlo: assim, na Suíça, quanto às leis federais, e recentemente na Finlândia).

A técnica da «interpretação conforme» conduz, obviamente, a decisões em que não se julga inconstitucional a norma questionada: *decisões interpretativas de rejeição*, na terminologia italiana. Em geral tratar-se-á de decisões cujo sentido e alcance se apura através dos respectivos «fundamentos», e por «reenvio» para estes (que pode ser um reenvio «específico») do «teor da decisão» ou «dispositivo» da sentença. Mas podem assinalar-se casos em que a «interpretação conforme» é levada mesmo a este «dispositivo»: assim, no controlo preventivo francês, e também na prática do Tribunal Constitucional espanhol.

Duas ordens de problemas, no entanto, levanta a «técnica» em apreço, os quais têm a ver com a amplitude e os limites dos poderes dos Tribunais Constitucionais, face, por um lado, ao legislador e, por outro, aos tribunais em geral. Desses problemas dão conta vários relatórios nacionais.

Quanto ao primeiro problema, pode dizer-se, como ideia geral, que a interpretação conforme à Constituição tem os seus limites «na letra e na clara vontade do legislador» (Rel. alemão), devendo, pois, «respeitar a economia da lei» (Rel. belga) e não podendo traduzir-se na «reconstrução» de uma norma que não esteja devidamente explícita num texto» (Rel. espanhol). Dentro desta orientação comum podem entretanto assinalar-se diferentes tónicas na aplicação do método: v. o Relatório suíço (especial empenho do Tribunal Federal na procura de uma interpretação conforme) e o Relatório irlandês («presunção» de interpretação conforme no caso de leis post-constitucionais e «presunção» inversa no caso de leis pré-constitucionais; cfr. também, a este propósito, o Relatório austríaco).

Quanto ao segundo problema, deriva ele de a «interpretação conforme» não ser «monopólio» dos Tribunais Constitucionais (Rel. austríaco) e de a interpretação da lei competir primariamente aos tribunais «comuns». Daí que se pergunte se aos Tribunais Constitucionais é lícito, não apenas afastarem as interpretações desconformes com a Constituição, mas imporem a sua própria interpretação da lei. A orientação dos Tribunais alemão e austríaco é no primeiro sentido; de um modo mais geral, todavia, parece que a prática está longe de corresponder a tal orientação. A este respeito, e além do Relatório austríaco, v., em especial, os Relatórios italiano, francês e português. No primeiro, dá-se nota de dois tipos de

«interpretação conforme»: uma, segundo o «direito vivente» (i. é, segundo a orientação interpretativa fixada pelos tribunais em geral, e em especial pela Casação), e outra em que o Tribunal Constitucional define a sua própria interpretação; no Relatório francês, assinala-se que, onde a constitucionalidade de um texto se haja baseado numa «interpretação neutralizante», esta adquire um «carácter obrigatório»; no Relatório português sublinha-se que a própria Lei do Tribunal Constitucional dispõe, no tocante à fiscalização concreta, que a «interpretação conforme» feita pelo Tribunal é obrigatória para os restantes tribunais intervenientes no processo em causa.

b) Outro tipo de «decisões intermédias» geralmente reconhecido é o da declaração duma *inconstitucionalidade parcial*, isto é, de decisões em que apenas se julga inconstitucional uma parte do preceito questionado no pedido (ou na «questão prejudicial»). Poderá tratar-se de uma parte correspondente a uma das «disposições» do preceito, ou mesmo só a um período ou frase do respectivo texto (inconstitucionalidade parcial «horizontal» ou «quantitativa»); ou então a uma certa dimensão do seu conteúdo dispositivo (a uma «norma» que dele se extrai), o que poderá chamar-se inconstitucionalidade parcial «qualitativa», «ideal» ou «vertical».

Interessará destacar esta segunda modalidade (também ela geralmente aceite). Correspondendo formalmente ao «inverso» da «interpretação conforme», ela assenta todavia (como se assinala em alguns Relatórios nacionais) numa abordagem metodológica semelhante do preceito questionado, e é guiada por idêntica preocupação de afastar os seus possíveis sentidos inconstitucionais: só que, na «inconstitucionalidade parcial» esse resultado se obtém julgando inconstitucional o preceito «enquanto» ou «na medida em que» ou «na parte em que» incorpora um certo conteúdo de sentido ou uma certa dimensão aplicativa. Trata-se das decisões que a doutrina italiana designa como *interpretativas de acolhimento* (quando a inconstitucionalidade «parcial» é definida por «reenvio» do dispositivo decisório para os respectivos «fundamentos») ou de *acolhimento parcial* (quando a correspondente «declaração» consta daquele próprio dispositivo).

Tratando-se de decisões «simétricas» das decisões «interpretativas de rejeição» (ou de «interpretação conforme»), mas com um alcance afinal idêntico, compreende-se que a opção entre umas e outras dependa, em última análise, de um «juízo prudencial» (se não de um juízo de «oportunidade») dos Tribunais: v. a este propósito, nomeadamente, os Relatórios italiano, português e espanhol, e a referência, nos dois primeiros, a um tópico especialmente importante neste

contexto, que é o da força vinculativa geral das decisões de *inconstitucionalidade* parcial, em confronto com as de «interpretação conforme» (enquanto decisões de simples «rejeição» do pedido) (*infra*, 3). Isso explica que na prática do Tribunal Constitucional italiano tenha passado a dar-se prevalência às sentenças «interpretativas de acolhimento», primeiro, e às de «acolhimento parcial», depois.

Decorre do exposto que também no âmbito das decisões de «inconstitucionalidade parcial» se poderá pôr um problema paralelo ao que a «interpretação conforme» coloca no plano da extensão dos poderes dos Tribunais Constitucionais face ao legislador: o de saber se a «modificação» do preceito que elas não deixam de implicar é, a essa luz, admissível.

Mas, em particular, suscitam essas decisões o problema, de âmbito mais genérico, da «separabilidade» da parte do preceito julgado inconstitucional («separabilidade», não apenas em atenção ao sentido e alcance inicial do preceito, mas também, desde logo, à sua funcionalidade). A tal respeito cabe em especial referir a competência do Conselho Constitucional francês para «determinar», ele próprio, se e em que medida se verifica, ou não, tal separabilidade (decisão com consequências no tocante aos poderes de promulgação do Presidente da República).

c) Se a «interpretação em conformidade com a Constituição» e a «inconstitucionalidade parcial» são «técnicas» de decisão geralmente praticadas, já o mesmo não pode dizer-se de outros tipos «intermédios» de decisão, como são os das *decisões apelativas* e as de *mero reconhecimento da inconstitucionalidade*, desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional alemão. O segundo destes tipos de decisão veio entretanto a ser recebido pela própria Lei do Tribunal Constitucional Federal.

Nas «decisões apelativas» o Tribunal considera que uma lei ou situação jurídica «ainda» não é inconstitucional, mas liga a essa declaração um «apelo» ao legislador para modificar essa situação, eventualmente fixando-lhe um prazo para o efeito; nas decisões de «mero reconhecimento» da inconstitucionalidade, o Tribunal «declara» a inconstitucionalidade da norma, mas não liga a essa declaração a da correspondente «nulidade».

Na base de decisões destes tipos está uma ordem de razões semelhante, as quais podem reconduzir-se, por um lado, à preocupação de evitar um «caos» jurídico ou «político-constitucional» ou o surgimento de uma situação ainda menos compatível com a Constituição e, por outro lado, à ideia de preservar a «liberdade constitutiva» do legislador, nomeadamente em situações de «omissão legislativa»

[*supra*, 1.3. a)]. E a esta última ideia ligam-se, por vezes, considerações dogmáticas, como, nomeadamente, a da dificuldade de declarar «nula» uma mera omissão (ou lacuna) de regulamentação. Nos casos em que o Tribunal Constitucional alemão enveredou por tal modalidade de decisões, são frequentes aqueles em que estavam em causa violações do princípio da igualdade (resultantes, justamente, de «omissões» do legislador).

O sentido comum de todas essas decisões é, no fundo, o de que o Tribunal Constitucional considera que «a situação actual não pode permanecer», mas deixa ao legislador «a decisão política sobre o modo como deve configurar-se a regulamentação futura».

Não obstante as razões determinantes dos tipos de decisões em causa podem obviamente ocorrer noutros ordenamentos, a verdade é que esses mesmos tipos de decisões não lograram generalizar-se. Em diversos Relatórios nacionais sublinha-se que os correspondentes ordenamentos não parecem consenti-los. Entre tais Relatórios destaquem-se o austríaco e o português, quando salientam, nesse contexto, os poderes de conformação dos efeitos das decisões, de que os respectivos Tribunais dispõem (*infra*, 4).

Em todo o caso, em paralelo com as «decisões apelativas» do Tribunal alemão parece poderem colocar-se algumas raras «decisões admonitórias» (*senteze monito*) do Tribunal Constitucional italiano (decisões de «rejeição», mas, no fundo, condicionadas), depois seguidas por uma decisão de «acolhimento» (técnica da «dupla pronúncia»). Cfr. também, no tocante às «decisões apelativas», o Relatório austríaco.

d) Entretanto, pode falar-se de «decisões apelativas» num outro sentido, qual seja o daquelas em que o Tribunal, sob a forma de uma decisão de inconstitucionalidade (decisão de «acolhimento», na terminologia italiana), enuncia também uma série de princípios que uma nova lei com o mesmo objecto deve conter para se conformar com a Constituição (quando não emite ele mesmo uma norma provisória para substituir a declarada inconstitucional) (assim se exprime o Relatório português). Tais decisões podem também denominar-se de *constitutivas* (assim, o Relatório espanhol).

Trata-se de decisões cuja admissibilidade é altamente problemática, atento o carácter essencialmente «negativo» da função cometida aos Tribunais Constitucionais (função cassatória). Nos diferentes Relatórios são raras, por isso, as referências a tal tipo de decisões. Em todo o caso, podem citar-se, porventura, certas decisões do Tribunal alemão em que teve lugar um mero reconhecimento

da inconstitucionalidade, e a decisão 53/85 do Tribunal espanhol, sobre a despenalização do aborto.

Situação porventura diferente duma sentença «construtiva», mais ou menos claramente assumida como tal, será aquela em que dos «fundamentos» duma decisão de inconstitucionalidade se retiram indicações quanto a uma futura regulamentação da matéria, conforme à Constituição. Tal situação é assinalada, p. ex., nos Relatórios francês e suíço, mas sempre sublinhando a «contenção» que aí se impõe às instâncias de controlo.

e) Algumas outras modalidades específicas de decisões de tipo «intermédio» poderão ainda apontar-se.

Estarão nesse caso as que no Relatório austríaco se designa como decisões de *complemento da lei*: trata-se de decisões em que se julga conforme à Constituição uma norma, na medida em que ela deve considerar-se integrada por certas normas constitucionais imediatamente aplicáveis. (Algum paralelismo «estrutural» com elas, mas tendo um sentido «substancial» diverso, oferecem certas decisões do Tribunal Constitucional turco, em que este, «reconhecendo a inconstitucionalidade», fez aplicação directa de disposições constitucionais, para assim contornar o obstáculo, que na hipótese existia, ao seu poder de controlo).

Também como modalidade específica de decisões «intermédias» podem considerar-se aquelas em que o Tribunal Constitucional espanhol delimitou o âmbito «espacial» e o Tribunal Constitucional português o âmbito «temporal» de aplicação de certas normas: mas trata-se, no fundo, de decisões de inconstitucionalidade «parcial» *ratione territorii* ou *ratione temporis*.

2.3 *Decisões integrativas e substitutivas.*

De um ponto de vista «estrutural», não se trata de decisões diferentes das decisões de «inconstitucionalidade parcial qualitativa» (decisões de «acolhimento parcial», na terminologia italiana). O que em tais designações se exprime é o específico efeito «substancial» de certas dessas decisões, o qual se traduz num imediato («autoaplicável») alargamento ou «adição» do regime contido no preceito julgado parcialmente inconstitucional, ou até na sua «substituição» por outro. Daí que a doutrina italiana destaque as sentenças *aditivas* (por efeito da declaração da inconstitucionalidade de um preceito «na parte em que» estabelece uma «excepção» ou uma «condição» ou «não contempla» certa situação) e as sentenças *substitutivas* (por efeito da declaração da inconstitucionalidade de um

preceito na parte ou na medida em que estabelece um certo regime «antes que» um outro). Também nos Relatórios português e espanhol se dão exemplos de decisões «aditivas» dos respectivos Tribunais.

Justifica-se o destaque, porque é com referência a tais decisões — frequentemente designadas, juntamente com outras, de «manipuladoras» — que se revela plenamente a problemática da legitimidade de decisões que operam um efeito «modificador» no ordenamento jurídico, e se tem travado um correspondente debate doutrinal. Deste debate dá desenvolvida conta, no que à respectiva literatura diz respeito, o Relatório italiano, concluindo, porém, que semelhantes decisões são hoje geralmente admitidas, no seu conjunto, e que a verdadeira questão é a dos limites dessa admissibilidade. A tal propósito, sublinha-se que as decisões em causa não podem ser «verdadeiramente criadoras de direito novo, no mesmo plano da função legislativa», mas devem «limitar-se a individualizar a norma já implicada no sistema» (são decisões, pois, *a rime obbligate*, e não decisões em que o Tribunal disponha duma liberdade constitutiva idêntica à do legislador). Assim, elas serão admissíveis quando «se trate do único dispositivo concebível para, no estado actual do ordenamento, reafirmar a Constituição no ponto em causa»; sempre que, em lugar disso, «as soluções hipotizáveis sejam mais do que uma, e a escolha entre elas releve de opções de carácter político», não se estará perante uma questão de legitimidade constitucional.

3. Vinculatividade das decisões

3.1. A principal distinção que ocorre é entre decisões com *eficácia limitada ao caso* e decisões com *eficácia «erga omnes»*. Respeita ao diferente âmbito de vinculatividade do «dispositivo» da sentença (o julgamento de inconstitucionalidade ou o julgamento inverso, ou a correspondente «declaração») e aos efeitos que o mesmo produz imediatamente (ou não) sobre o ordenamento jurídico (sobre o universo das respectivas normas).

O recorte da distinção tem fundamentalmente a ver, por um lado, com a «natureza processual» e a «estrutura» das decisões e, por outro, com o seu «conteúdo». O seu fundamento e explicação decorrem, pois, do que se expôs *supra*, 2 e 2.1., para onde se remete.

a) Assim, a generalidade das decisões proferidas em controlo «difuso» da constitucionalidade (no exercício, pois, duma genérica competência de *judicial*

review) produzem, naturalmente, uma *eficácia limitada ao caso*; fazem excepção as decisões em que os tribunais irlandeses (*maxime*, a Supreme Court e a High Court) emitem uma «declaração» de inconstitucionalidade. E a mesma eficácia limitada produzem, além disso, certas decisões dos Tribunais Constitucionais a que corresponde, no fundo, um simples controlo «incidental» da constitucionalidade (v.g., em processos de «queixa constitucional»).

b) Diversamente, já quanto às decisões «directas» sobre a constitucionalidade de normas jurídicas, proferidas em controlo «concentrado», importará distinguir consoante elas são no sentido da inconstitucionalidade ou em sentido inverso, e consoante incorporam ou não uma correspondente «declaração».

No que toca às primeiras pode dizer-se, com poucas reservas, que produzem *eficácia obrigatória geral* («*erga omnes*»), pois que em princípio incorporam uma «declaração» formal da inconstitucionalidade. Não acontece assim, porém, nas decisões proferidas em controlo «concreto» (questão de constitucionalidade) pelo Tribunal Constitucional português e pelo Tribunal de Arbitragem belga, as quais têm, por isso, *eficácia limitada ao caso* (fazem «caso julgado» no processo quanto àquela questão, vinculando não só o tribunal recorrido ou proponente como todos os que venham ainda a intervir no processo). Por outro lado, as decisões proferidas em controlo «abstracto» pelos Tribunais Constitucionais polaco e jugoslavo só têm uma eficácia geral «cassatória» da norma nas hipóteses e condições referidas *supra*, 2.1..

No que toca às decisões em sentido inverso ao da inconstitucionalidade, a tendência dominante é no sentido de não incorporarem qualquer «declaração» formal de constitucionalidade ou não inconstitucionalidade, mas limitarem-se a julgar improcedente o pedido ou a questão de inconstitucionalidade, não surtindo, por conseguinte, «eficácia obrigatória geral». Tratando-se de decisões proferidas em controlo «concreto», terão, pois, *eficácia limitada ao caso* (na Itália, ao juiz *a quo*); sendo proferidas em controlo «abstracto», dir-se-á que *não produzem um efeito preclusivo*. Mas a tendência dominante mencionada comporta importantes desvios e atenuações, como se referirá a seguir brevemente.

Assim, na R.F. Alemanha, o Tribunal Constitucional, sendo o caso, «declara» a conformidade constitucional da norma sujeita ao controlo, declaração que tem eficácia idêntica à da declaração de inconstitucionalidade; de modo semelhante acontece na Polónia, onde a «declaração» de conformidade tem o valor duma «interpretação proconstitucional universalmente obrigatória»; na

Áustria, as decisões em causa têm eficácia geral no tocante às questões de constitucionalidade apreciadas (produzindo uma correspondente força de caso julgado nos respectivos «fundamentos»); na Espanha, a lei prevê que as declarações de negação de provimento produzam um «efeito preclusivo» relativamente à apreciação do mesmo problema de constitucionalidade, não estando todavia ainda jurisprudencialmente fixado o exacto alcance dessa disposição (quanto às situações a que se aplica); na Turquia, as decisões de não provimento, no âmbito do controlo concreto, implicam um julgamento de «conformidade constitucional» que exclui a possibilidade de a questão ser reapreciada durante 10 anos; finalmente, na Bélgica, as decisões de rejeição dum «recurso de constitucionalidade» (controlo abstracto) são obrigatórias para os tribunais no que respeita à questão decidida.

c) As considerações da alínea antecedente reportam-se essencialmente às decisões proferidas em controlo «sucessivo», mas pensa-se que em princípio serão aplicáveis, *mutatis mutandis*, às decisões proferidas em controlo *preventivo*, nos casos em que este se acha previsto [*supra*, 1.2. a)]. Em vários dos concernentes Relatórios nacionais o ponto, aliás, não foi sequer especificamente considerado. Foi-o, no entanto, nos Relatórios português, francês e irlandês.

Tendo em conta estes três últimos, a principal nota a assinalar é a de que as decisões de controlo preventivo *em que se não conclui pela inconstitucionalidade* têm um alcance muito diverso em Portugal e nos dois outros países referidos: enquanto no primeiro não produzem qualquer efeito preclusivo duma ulterior apreciação da norma, na França e na Irlanda têm o efeito de firmar «erga omnes» a respectiva «conformidade constitucional» (na Irlanda, determina-o um preceito constitucional expresso; na França, isso estará logo de harmonia com o princípio tradicional da recusa dum *judicial review* das leis).

Por outro lado, quanto às *decisões de inconstitucionalidade*, se pode aí falar-se duma «eficácia geral», deverá notar-se, todavia, que o seu efeito específico e imediato se dirige ao órgão competente para promulgar o diploma em causa, obrigando-o a vetá-lo. A este respeito, porém, algumas diferenças ocorrem entre o regime francês e o regime português. Acrescentar-se-á apenas que em Portugal o Parlamento pode, por maioria qualificada, ultrapassar o julgamento do Tribunal Constitucional, quando relativo a normas por ele aprovadas.

3.2. Para além do que fica referido, a «qualificação», em termos de direito comparado, dos efeitos das decisões judiciais de controlo normativo origina não poucas dificuldades e perplexidades. Afigura-se ser este um domínio particularmente propício a ser esclarecido através do debate. Nas breves notas subsequentes considerar-se-ão unicamente as decisões proferidas pelas *instâncias específicas de controlo* da constitucionalidade e tendo *directamente* por objecto esse controlo (cfr. *supra*, 2).

a) No tocante à *força de caso julgado*, o único ponto que se pode ter como firme é o de que as decisões em causa adquirem, em geral, força de caso julgado *formal*, ou uma eficácia equivalente. Isto é: são decisões «finais», não passíveis de recurso, e que «precludem a possibilidade de a questão por elas resolvida vir a ser reposta, de qualquer forma, no mesmo processo» (como se diz no Relatório português). Mas ainda aqui surge uma ou outra excepção ou especificidade.

Não será exactamente o caso do reenvio pelos Tribunais Constitucionais das Repúblicas ou Províncias da Jugoslávia ao Tribunal Constitucional da Jugoslávia de uma questão de constitucionalidade por eles desatendida, para que este último sucessivamente a aprecie: é que esse reenvio corresponde unicamente a um princípio de «competência paralela» desses Tribunais, tal que os padrões de controlo de uns e do outro são diversos (respectivamente, e em via de máxima, o direito da República ou Província e o direito federal). Mas já se verifica uma excepção quando no ordenamento polaco se admite a possibilidade de «revisão» no tocante a decisões declaratórias da inconstitucionalidade de normas infra-legais. Por outro lado, não deixa de constituir uma «especificidade» a possibilidade, já referida, de o Parlamento português «confirmar», por maioria qualificada, normas, por ele aprovadas, julgadas inconstitucionais em controlo preventivo: fica então ao Presidente da República a faculdade de promulgar ou não o respectivo diploma (ou de o ratificar ou não, sendo um tratado internacional).

Já pelo que respeita à força de caso julgado *material*, os Relatórios nacionais revelam acentuadas divergências, as quais parecem reflectir entendimentos não de todo coincidentes desse conceito, ou do seu alcance. Assim, na Áustria e na Bélgica reconduzem-se a essa noção (caso julgado «com eficácia geral» ou caso julgado «absoluto») os efeitos «erga omnes» das decisões; em França, também às decisões do Conselho Constitucional se reconhece uma «autoridade comparável à do caso julgado» (extensível aos «fundamentos»); na R.F. Alemanha distingue-se a eficácia «erga omnes» do efeito de caso julgado (limitado ao

«dispositivo» da decisão); já na Suíça se recusa o efeito de caso julgado material (ao que parece entendido de modo puramente «objectivo») mesmo às decisões proferidas em controlo abstracto, e com eficácia «erga omnes»; e o mesmo acontece nos Relatórios espanhol e italiano, onde se questiona que a noção processual em causa convenha às decisões de controlo normativo.

b) Nalguns ordenamentos a eficácia «erga omnes» das decisões é qualificada como *força de lei*. Assim, na R.F. Alemanha (conforme disposição expressa da Lei do Tribunal Constitucional) e na Itália (de harmonia com a doutrina prevalente, que reconhece às decisões de «acolhimento», ainda quando puramente anulatórias, o valor de «fontes normativas»). E, de facto, este é um alcance que, pelo menos num sentido «negativo», não poderá deixar de atribuir-se às decisões «cassatórias» da justiça constitucional (ao menos a essas).

c) Também nalguns ordenamentos se dispõe expressamente que as decisões do respectivo Tribunal Constitucional ou órgão equivalente são obrigatórias para todos os poderes públicos e autoridades ou entidades públicas (e privadas), ou para os restantes órgãos constitucionais do Estado e para todos os tribunais e autoridades administrativas: v., com formulações diversas, os Relatórios alemão, espanhol, português, francês e turco. Põe-se, assim, o problema duma peculiar *força obrigatória geral* de todas as decisões, para lá do específico efeito ou eficácia («erga omnes», caso julgado, efeito preclusivo) que deva reconhecer-se a cada uma espécie ou categoria delas em particular.

Saber em que precisamente consista esse outro tipo de eficácia das decisões dos Tribunais Constitucionais, e saber se ele na verdade se diferencia do efeito próprio de cada espécie de decisões, é algo que não parece fácil de determinar com segurança. No Relatório alemão refere-se que tal eficácia se estende não só ao «dispositivo» das decisões mas igualmente aos seus «fundamentos determinantes» (*ratio decidendi*). No Relatório espanhol (onde se consagra ao tema considerável desenvolvimento) reporta-se essa eficácia à «incidência institucional» das decisões do Tribunal sobre os restantes órgãos do Estado, e ao papel que aquele reivindica de definir «uma doutrina constitucional» (o que obviamente exige a consideração dos «fundamentos» das decisões). No fundo, estar-se-á perante uma qualificada *força de precedente* reconhecida às decisões dos Tribunais Constitucionais (bastante dubitativo a este respeito, todavia, é o Relatório português; entretanto, de uma «eficácia prejudicial» das decisões do Tribunal Federal se fala também no Relatório suíço).

Um aspecto particular, mas especialmente importante, desta «eficácia obrigatória geral» das decisões dos Tribunais Constitucionais é o de saber em que medida ela atinge o próprio *legislador* (estarão em causa agora as decisões declaratórias da inconstitucionalidade).

Também aqui se encontram respostas divergentes, nos Relatórios que consideram expressamente o ponto. Assim, enquanto no Relatório austríaco essa «vinculação» do legislador às decisões do Tribunal Constitucional é claramente negada (salvo o caso dum manifesto «abuso do poder legislativo» visando antecipadamente «frustrar» essas decisões), afirmam-na, também claramente, o Relatório alemão (tal vinculação será justamente um dos aspectos da «força obrigatória geral» das decisões) e o Relatório italiano (a pura e simples reprodução, sem mais, duma norma declarada inconstitucional violará desde logo o princípio constitucional da eficácia «cassatória» das «decisões de acolhimento»). Por outro lado, na Constituição turca dispõe-se expressamente que as decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias desde logo para os órgãos legislativos, assinalando-se no respectivo Relatório, em consonância com isso, que elas têm o valor de «orientação para o Parlamento».

Note-se, entretanto, que esta «vinculação» do legislador — onde seja reconhecida — não poderá deixar de ser entendida sob reserva duma modificação das circunstâncias (ou duma alteração global de todo o instituto ou do contexto normativo em causa, como se assinala no Relatório italiano), modificação essa susceptível de alterar o alcance da norma e a sua valoração constitucional (a este propósito, cfr. também os Relatórios espanhol e suíço).

3.3. Por último, no tocante à *vinculação dos órgãos de justiça constitucional* às suas próprias decisões, pode dizer-se que é unânime a orientação segundo a qual tais decisões não representam um precedente obrigatório para esses órgãos. A única «vinculação» que poderá aí ocorrer — e mesmo essa só é assinalada pelos Relatórios alemão e austríaco — é a decorrente do caso julgado. Fora disso, não se consideram os Tribunais Constitucionais adstritos a manter-se em absoluto fiéis à orientação uma vez por eles estabelecida, mas antes, sem excepção, admitem a possibilidade de «revisão» da doutrina firmada em decisões anteriores, à luz duma alteração das circunstâncias (sociais, económicas e técnicas), ou duma modificação do direito ordinário, ou de uma evolução da consciência ético-jurídica (geradora de novas representações de valores) ou à luz até, simplesmente, de uma reconsideração argumentativa.

Mas se isto é assim, deve dizer-se que é também unanimemente assinalada a contenção e o particular cuidado com que os Tribunais Constitucionais e órgãos similares operam na revisão da sua orientação anterior. A verdade é que, na ordem dos factos, tal revisão não é encarada com facilidade e antes os «precedentes» representam um factor de primeira importância no desenvolvimento da jurisprudência constitucional, dentro, nomeadamente, duma assinalável preocupação de «coerência decisória».

4. Eficácia temporal das decisões

Importa considerar o problema com referência às decisões de declaração da inconstitucionalidade com eficácia cassatória da norma, ou seja, às decisões de inconstitucionalidade proferidas em controlo sucessivo dotadas de eficácia *erga omnes*. Trata-se de saber a partir de que momento a declaração de inconstitucionalidade opera a cessação da vigência da norma, e quais os efeitos que acarreta relativamente às situações criadas e aos actos jurídicos (*maxime*, actos administrativos e decisões judiciais) praticados ao abrigo da norma declarada inconstitucional. É por isso um problema que não se põe, nem no domínio do controlo normativo com eficácia limitada ao caso, nem no do controlo preventivo, nem tão-pouco relativamente às decisões, em controlo sucessivo, de sentido inverso ao da inconstitucionalidade, ainda que dotadas de um efeito declaratório geral ou preclusivo.

4.1. — 4.2. A questão fundamental é a de saber se a declaração de inconstitucionalidade opera com eficácia *ex tunc* (remontando os seus efeitos, pois, à data da entrada em vigor da norma, ou eventualmente, tratando-se de norma pré-constitucional, à data da entrada em vigor da Constituição) ou mera eficácia *ex nunc* (operando, pois, somente a partir da publicação da decisão). No primeiro caso, a decisão de inconstitucionalidade produz um efeito de *invalidação* da norma; no segundo, um efeito puramente *revogatório*.

Os diversos ordenamentos não são coincidentes a esse respeito. Nalguns — como o austríaco, o suíço, o turco e o polaco — reconhece-se às decisões de inconstitucionalidade uma eficácia, em princípio, simplesmente *ex nunc* ou «revogatória»; mas na generalidade dos restantes reconhece-se-lhes, em princípio, eficácia *ex tunc* ou de «invalidação». Em certos destes últimos ordenamentos, tal eficácia acha-se expressamente prevista na Constituição ou na lei (como na R.F. Alemanha ou em Portugal); já na Itália, nomeadamente, o seu reconhecimento

foi objecto de um desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, operado a partir duma formulação constitucional que apontava, *prima facie*, para um simples efeito «revogatório». Por outro lado, no ordenamento espanhol, embora expressamente se determine que as decisões de inconstitucionalidade comportam a «declaração de nulidade» dos preceitos, subsistem interrogações quanto à caracterização do efeito de tais decisões.

Seja como for, decerto mais significativo e importante do que a precisa qualificação conceptual da eficácia das decisões de inconstitucionalidade é o facto de, em geral, não se ligarem a essa qualificação todas as suas consequências teoricamente possíveis — isso, no tocante à sorte das situações criadas e dos actos praticados ao abrigo da norma declarada inconstitucional. Na verdade, reconhece-se em geral que ocorrem exigências impreteríveis de justiça ou segurança jurídica as quais reclamam ou um alargamento da pura eficácia revogatória das decisões ou, sobretudo, a restrição dos seus potenciais efeitos «retroactivos».

Assim, e no que toca aos ordenamentos onde em princípio se atribui à declaração de inconstitucionalidade mera eficácia *ex nunc*, cumpre dizer que na Áustria o efeito de tal declaração se estende, de todo o modo, ao caso concreto que deu origem ao controlo (ao *Anlassfall*, noção a que o Tribunal austríaco dá um sentido bastante amplo) e que o Tribunal Constitucional dispõe da faculdade (raramente utilizada, todavia) de decidir que a declaração de inconstitucionalidade produza um efeito mais radical; por seu turno, na Turquia, o efeito da inconstitucionalidade estende-se aos processos em curso e às sentenças penais desfavoráveis (mesmo transitadas).

Por outro lado, no que respeita aos ordenamentos onde vigora o princípio da eficácia *ex tunc*, um primeiro limite estabelecido a essa eficácia, quase sem excepções, é o do «caso julgado», salvo de sentenças penais ou sancionatórias (baseadas numa norma penal desfavorável). (Excepção a esta orientação ocorre na Bélgica, onde se admite um mecanismo de «retratação» de sentenças transitadas em julgado). Além disso, no mesmo plano das sentenças passadas em julgado tendem a considerar-se outras situações («direitos adquiridos», obrigações «cumpridas») e actos definitivamente consolidados (v.g., pela prescrição ou decurso do prazo para recorrer). (Note-se, no entanto, que na R.F. Alemanha e Jugoslávia a declaração de inconstitucionalidade faz precluir a possibilidade da execução de sentenças e actos já «consolidados» mas ainda não executados). Por outro lado, sublinhe-se ainda a orientação que acabou por

prevalecer na jurisprudência italiana, no sentido de reconhecer mera eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade de normas penais «favoráveis».

Mas não ficam por aqui os limites à eficácia, seja *ex nunc*, seja *ex tunc*, das decisões de inconstitucionalidade. Especialmente de assinalar é ainda o facto de nalguns ordenamentos se conferir expressamente aos respectivos Tribunais Constitucionais a *faculdade de delimitarem*, em certos termos, a eficácia temporal dessas decisões: assim, na Áustria, Liechtenstein, Bélgica e Portugal.

4.3. Nos ordenamentos em que se atribui às declarações de inconstitucionalidade, em princípio, simples eficácia *ex nunc*, poderá também dizer-se que as correspondentes decisões apenas surtem efeito *pro futuro* (com as limitações apontadas). O que a generalidade dos ordenamentos não prevê é a possibilidade de os Tribunais Constitucionais *fixarem um prazo* para a cessação da vigência das normas declaradas inconstitucionais.

Uma tal possibilidade, em todo o caso, é admitida — por disposição expressa — nos ordenamentos da Áustria, Liechtenstein e Turquia, enquanto o ordenamento belga confere ao Tribunal de Arbitragem poderes de modelação dos efeitos da decisão susceptíveis de conduzirem a um resultado equivalente (ainda que parcial). Nos demais ordenamentos considera-se em geral que semelhante possibilidade é excluída pela própria natureza do controlo de constitucionalidade e pelo respectivo regime constitucional e legal (assim também, segundo a doutrina dominante, em Portugal, não obstante os poderes de delimitação da eficácia das decisões de que dispõe o respectivo Tribunal).

Não obstante, as razões que poderiam eventualmente justificar um deferimento no tempo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (e que terão a ver, *grosso modo*, com a preocupação de evitar um «vazio legislativo» e as dificuldades jurídicas e institucionais a ele inerentes) não deixam de reflectir-se na prática de alguns Tribunais e nas «técnicas» de decisão por eles adoptadas — «técnicas» através das quais se obtém um resultado semelhante. É esse o caso, particularmente, das decisões «apelativas» e de «mero reconhecimento da inconstitucionalidade» do Tribunal alemão. Mas na mesma linha se poderá ainda citar o expediente do protelamento da publicação da decisão, adoptado por vezes pelo Tribunal italiano.

4.4. Uma questão específica, que intimamente se liga ao problema da eficácia temporal das declarações «erga omnes» de inconstitucionalidade, é a de saber se elas importam a *represtinação* da norma ou regime revogados pela norma ou normas declaradas inconstitucionais.

A questão é directamente considerada nas Constituições austríaca e portuguesa, em ambas se estabelecendo a regra de que a declaração de inconstitucionalidade acarreta a referida «represtinação». Aos respectivos Tribunais Constitucionais é reconhecida, porém, a faculdade de excluírem, no caso, esse efeito (na Áustria, conforme disposição constitucional expressa, sendo que tal faculdade é utilizada na maior parte dos casos; em Portugal, no quadro do poder geral de delimitação dos efeitos das decisões).

Também se referem ao ponto os Relatórios italiano, espanhol e turco, deles se podendo retirar a conclusão de que o problema em causa é nos respectivos ordenamentos um problema em aberto. Nos Relatórios italiano e turco dá-se entretanto nota de decisões em que os respectivos Tribunais consideraram verificar-se a represtinação, e acrescenta-se que a doutrina tende a admitir este efeito automático quando se esteja perante a declaração de inconstitucionalidade de uma cláusula revogatória expressa; no Relatório espanhol, assinala-se que a questão não pode considerar-se resolvida por aplicação da regra (legal) segundo a qual a «revogação» da lei não tem efeito represtinatório (porque se não está perante uma «revogação», mas uma declaração de nulidade).

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

a) Pré-determinação constitucional e legal e autonomia dos Tribunais.

A conclusão que se pode extrair da precedente exposição comparada é a de que, se o âmbito dos poderes dos órgãos de justiça constitucional — *maxime*, dos Tribunais Constitucionais e órgãos similares — se encontra em larga e fundamental medida pré-definido pelas normas constitucionais e legais que dispõem em cada ordenamento sobre o exercício dessa parcela da justiça não deixa a sua mais precisa delimitação e concretização de resultar também, em parte considerável, da jurisprudência desses mesmos órgãos, do entendimento que eles próprios têm da sua função, e da interpretação que fazem das pertinentes normas da Constituição e da lei. Em suma: pré-determinação constitucional e legal e autonomia dos Tribunais combinam-se aqui em medida mais ou menos variável.

Como ideia muito geral, poderá dizer-se que em matéria de *competência* dos Tribunais Constitucionais e dos *meios processuais* de acesso a tais instâncias vigora um estrito princípio de regulamentação constitucional e legal, não dispondo esses órgãos, nesse domínio, senão da margem de liberdade interpretativa inerente a toda a aplicação do direito. É assim que, nomeadamente, e quanto

ao primeiro aspecto, o universo normativo sujeito ao seu controlo é o definido pela Constituição e pela lei; e é assim também, noutro plano, que os Tribunais Constitucionais europeus encaram a sua competência como de exercício obrigatório, insusceptível de ser afastado pelo recurso à conhecida doutrina americana da «political question» (v., quanto a este ponto, os Relatórios alemão e austríaco).

Também não fica aos Tribunais Constitucionais, por via de regra, determinar o tipo de *eficácia* das suas decisões, o seu *grau de vinculatividade* e os seus *efeitos «ratione temporis»*. Mas aí, não só já nalguns ordenamentos se abre margem para uma jurisprudência diferenciadora (v. o Relatório alemão), como, sobretudo, em vários deles se faculta expressamente a essas instâncias a possibilidade de modelarem os efeitos das decisões em termos diversos dos que se acham em princípio estabelecidos.

Domínio, porém, onde mais caracterizada e amplamente se manifestam a criatividade e a «autonomia» da jurisprudência constitucional é o do *conteúdo* das respectivas decisões. A esse respeito, bastará recordar a multiforme variedade e sucessiva gradação dos tipos «intermédios» de decisão oportunamente descritos, e sublinhar que todos eles foram (ou começaram por ser) obra de criação jurisprudencial.

b) O âmbito, os limites e o significado dos poderes dos órgãos de justiça constitucional:

b.1. — Face ao poder legislativo

É sabido que a função primacial dos órgãos de justiça constitucional — a de assegurarem a conformidade das leis com a Constituição — é também a mais árdua e delicada das suas tarefas. Pois que aí se defronta a legitimidade (jurídico-constitucionalmente fundada) do seu poder de controlo, e da sua competência para fixar em definitivo o sentido e alcance da Constituição, com a liberdade constitutiva do legislador, também ela constitucionalmente garantida e democraticamente legitimada. A tensão entre estas duas legitimidades é, pois, necessariamente inevitável; como serão sempre difíceis de traçar, com antecipada precisão, as fronteiras entre uma e outra. Trata-se de um problema clássico — *do problema clássico* — da justiça constitucional e da sua dogmática.

Dessa «tensão» dão conta diversos Relatórios nacionais: uma tensão hoje «agravada» — como oportunamente se sublinha no Relatório suíço — pela intensificação e incremento da função orientadora e «dirigente» da lei, alargada

ela como está, no contexto político-constitucional contemporâneo, a praticamente todos os domínios da vida social.

Essa «tensão» exprime-se privilegiadamente na problemática do «conteúdo» das decisões dos órgãos de justiça constitucional e, de modo muito particular, na relativa à admissibilidade e limites das «decisões intermédias», a seu tempo analisadas. Considerando em especial as indicações fornecidas a tal respeito pelos diferentes Relatórios, poderão extrair-se as seguintes conclusões fundamentais:

- aos Tribunais Constitucionais cabe uma função essencialmente *negativa* e constitucionalmente *vinculada*, por natureza distinta da função «constitutiva» do legislador. Nesse quadro, porém, cumpre-lhes o indeclinável dever de tornar efectivos e actuantes na ordem jurídica os princípios e valores constitucionais;
- desse carácter «negativo» da função decorre que a competência de controlo contencioso da constitucionalidade se encontra sujeita a certos *limites funcionais*, os quais podem reconduzir-se à ideia fundamental de que não cabe aos Tribunais Constitucionais proceder a valorações e escolhas «políticas», nem tomar as correspondentes decisões. Neste sentido continua a ter validade a ideia segundo a qual a justiça constitucional não deve conduzir à instalação, mais ou menos encoberta, de um indesejável «governo de juizes»;
- os «limites funcionais» referidos, e a preocupação de preservar a liberdade constitutiva do legislador, estão na base da particular contenção revelada em certos tipos de decisões dos Tribunais Constitucionais (ou de alguns deles). Mas tão-pouco impedem que, com maior ou menor frequência, as decisões dos mesmos Tribunais venham a revestir-se de um alcance não estritamente «cassatório» e a induzir um efeito «modificador» da ordem jurídica: só que se trata aí de um efeito como que «indirecto», produzido no quadro da «vinculação constitucional» do sistema jurídico, e não de uma autónoma «criação» de direito.

b.2. Face aos tribunais em geral

Nos ordenamentos jurídico-constitucionais onde o controlo da constitucionalidade não é (ou não é só) confiado aos tribunais em geral, mas é reservado (pelo menos em definitivo e na sua parte mais significativa) a um específico órgão jurisdicional, são igualmente inevitáveis as interferências entre o âmbito da competência e a actividade jurisprudencial de uns e de outro. Essas interferências

ocorrem, basicamente, no âmbito do controlo concreto da constitucionalidade, e podem surgir, em particular, em sede de «relevância» da questão da constitucionalidade e de «interpretação em conformidade com a Constituição».

Do lado dos Tribunais Constitucionais, caber-lhes-à respeitar a esfera própria de actuação dos tribunais «comuns», aos quais em primeira linha compete a interpretação e aplicação do direito ordinário. Mas cumpre-lhes, em compensação, definir os *tópicos constitucionais* dessa interpretação e aplicação, velando por que ela decorra em sintonia com os princípios e valores da lei fundamental. E, neste capítulo, pode dizer-se que em todos os ordenamentos é reconhecida à jurisprudência constitucional, e à correspondente «doutrina», uma preeminência orientadora crescentemente respeitada e um incontestável relevo fáctico de «precedente».

b.3. Face aos tribunais internacionais e supranacionais

No tocante ao «relacionamento» dos órgãos jurisdicionais internos de justiça constitucional com os tribunais internacionais ou supranacionais, não são especialmente desenvolvidos — como bem se compreenderá — os diversos Relatórios nacionais.

Na verdade, e tomando-se apenas em consideração o âmbito do direito internacional clássico, tratar-se-à de instâncias que operam em domínios jurídicos, e sobretudo institucionais, claramente diferenciados. Mas ainda aí não são teoricamente impossíveis as intercorrências e as divergências: bastará considerar a eventual competência dos Tribunais Constitucionais, seja para o controlo da constitucionalidade dos tratados internacionais, seja para o controlo da constitucionalidade da lei à luz, também, dos princípios do direito internacional geral, se não mesmo das regras do direito internacional convencional.

Mas passando do âmbito do direito internacional clássico para o moderno direito internacional dos «direitos do homem», por um lado, e para o direito comunitário europeu, por outro, já se modifica qualitativamente o panorama das «relações» dos Tribunais Constitucionais internos com as instâncias contentiosas supranacionais situadas nas áreas em referência.

Assim, na área dos países subscritores ou aderentes à *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* — e em particular aceitantes da cláusula de recurso directo à respectiva Comissão — não é de considerar excluída a possibilidade teórica de divergências jurisprudenciais entre os Tribunais internos e as instâncias de Estrasburgo, seja quanto ao entendimento e sentido de certos direitos fundamentais em concreto, seja mesmo quanto à interpretação das cláusulas da Convenção (isto, em particular, nos países onde a mesma tem o valor de direito interno,

directamente aplicável: a esse respeito, v. as indicações contidas no Relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem). Mas trata-se, por agora, de uma eventualidade meramente «teórica». Antes pode assinalar-se uma considerável influência da jurisprudência da Comissão e do Tribunal Europeu sobre vários Tribunais Constitucionais internos, em algum deles funcionando a própria Convenção como parâmetro de constitucionalidade (v., em particular, os Relatórios austríaco, suíço, turco).

Por sua vez, no que respeita aos países membros da *Comunidade Económica Europeia*, problemas muito específicos se põem aos respectivos órgãos de controlo da constitucionalidade no tocante à aplicação do «direito comunitário derivado», e à sua inserção na ordem jurídica interna. Deles dão conta — e justamente das três questões fundamentais que nesse domínio se levantam — os Relatórios irlandês, alemão e italiano. Trata-se, em primeiro lugar, da questão suscitada pelo princípio estabelecido pelo art. 177.º do Tratado da CEE («reenvio prejudicial») pelos tribunais internos, ao Tribunal de Justiça das Comunidades, da questão da interpretação do direito comunitário, e sua «obrigatoriedade» para os tribunais supremos); depois, e em ligação com isso, da questão do eventual controlo da constitucionalidade, pelos tribunais internos, do direito comunitário derivado; e, por fim, do problema da supremacia deste direito derivado sobre o direito interno, e da sua consideração ou não como «questão de constitucionalidade», da competência, portanto, dos Tribunais Constitucionais.

As respostas — e são as únicas — que nos Relatórios mencionados se dão a estes três problemas são as seguintes: — o Supremo Tribunal irlandês considera-se vinculado à «obrigação» do «reenvio prejudicial» do art. 177.º do Tratado da CEE; o Tribunal Constitucional alemão, tendo começado por admitir o controlo da constitucionalidade do direito derivado à luz dos direitos fundamentais, deixa hoje essa questão em aberto; o Tribunal Constitucional italiano, ao cabo de uma evolução jurisprudencial que conheceu diferentes etapas, considera hoje «inadmissível», como questão constitucional, a do eventual confronto de normas internas com o direito comunitário derivado.

**DIE VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG IM RAHMEN DER
STAATLICHEN FUNKTIONEN IN BEZUG AUF ARTEN, INHALT
UND WIRKUNGEN DER ENTSCHEIDUNGEN ÜBER DIE
VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT VON RECHTSNORMEN**

HAUPTBERICHT

Berichterstatter

JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA
Richter am Portugiesischen Verfassungsgericht

Lissabon, im April 1987

VORBEMERKUNG

Der vorliegende Bericht folgt im wesentlichen dem Fragebogen, der an alle teilnehmenden Gerichte gesandt wurde und beschränkt sich auf die darin enthaltenen Themen.

Als Grundlage für die Arbeit dienten die Berichte der folgenden Gerichte und Institutionen: Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland, Verfassungsgericht von Österreich, Schiedsgericht und Kassationshof von Belgien, Verfassungsgericht von Spanien, Verfassungsrat von Frankreich, Oberster Gerichtshof von Finnland, Oberster Gerichtshof der Niederlanden, Oberster Gerichtshof von Irland, Verfassungsgericht von Italien, Verfassungsgericht von Jugoslawien, Staatsgericht des Fürstentums Liechtenstein, Staatsrat von Luxemburg, Verfassungsgericht von Polen, Verfassungsgericht von Portugal, Bundesgericht der Schweiz, Verfassungsgericht der Türkei und Europäische Menschenrechtskommission.

1. Einleitung

1.1. Die Organe der Verfassungsrechtsprechung

Unter den europäischen Rechts - und Verfassungsordnungen besteht eine klare Teilung in Systeme, die ein spezifisches Organ für die Verfassungsrechtsprechung, oder einen Teil von ihr kennen und solche, die kein spezielles Rechtsprechungsorgan für diese Aufgabe vorsehen.

Zur ersten Gruppe gehören die Rechtsordnungen derjenigen Länder, die ein «Verfassungsgericht» (Bundesrepublik Deutschland, Österreich, Spanien, Italien, Jugoslawien, Polen, Portugal und die Türkei) oder ein vergleichbares Gericht (Schweizerisches Bundesgericht, Staatsgericht von Liechtenstein) kennen, wobei dieser Aufzählung die Fälle Frankreichs (da je länger je weniger bestritten wird, dass der Verfassungsrat als ein Rechtsprechungsorgan entscheidet) und seit kurzem auch der Belgiens (seit der Schaffung des Schiedsgerichts) hinzuzufügen sind.

In den anderen Rechtsordnungen, die es hier unter dem Gesichtspunkt der «Verfassungsrechtsprechung» zu betrachten gilt, wird diese Aufgabe, mit unterschiedlichen Abstufungen, von den Gerichten im allgemeinen (ordentliche Gerichte und Verwaltungsgerichte) wahrgenommen. Der mehr oder weniger weite Spielraum dieser Zuständigkeit steht vor allem mit der Möglichkeit der Kontrolle des Gesetzes im formellen Sinn (Parlamentsgesetz) in Zusammenhang, die in mehreren Rechtsordnungen ausgeschlossen ist (siehe unten 1.3.)

Andererseits ist in den Rechtsordnungen, die ein Verfassungsgericht kennen, die Möglichkeit einer Gesetzeskontrolle durch die übrigen Gerichte nicht immer gänzlich ausgeschlossen. Als allgemeine Regel kann gelten, dass in Rechtsordnungen mit einem Verfassungsgericht die (zumindest letztinstanzliche) Kontrolle der Normen von Gesetzesrang diesem vorbehalten ist, und daneben — wiederum als allgemeine Regel — die Kontrolle von Normen unterhalb des Gesetzesrangs (auch) von den Gerichten im allgemeinen wahrgenommen werden kann. Genauere Angaben zu diesem Sachverhalt sind den anschließenden Ausführungen zu entnehmen (siehe unten 1.2. und 1.3).

In Rechtsordnungen, in denen kein Verfassungsgericht oder eine ähnliche Institution vorgesehen ist, kann man jedoch manchmal bestimmte Kontrollformen finden, die nicht immer nur rein juristischer Art zu sein brauchen und die als Ausdruck einer Besonderheit der betreffenden Verfassungs- und Rechtsordnung betrachtet werden müssen. Es ist dies in Luxemburg der Fall, wo der Staatsrat sämtliche Gesetzesvorlagen und Änderungsanträge, die dem Parlament vorgelegt werden, auch unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen hat. Auch in Finnland kann der Staatspräsident und der «Staatsrat» von dem Obersten Gerichtshof oder von dem Obersten Verwaltungsgericht ein Gutachten verlangen und zwar noch vor der Vorlage eines Gesetzesentwurfs im Parlament oder der Verkündung einer Parlamentsentscheidung durch den Präsidenten (eine Praxis, die allerdings recht selten ist); dabei spielt die parlamentarische Kommission für das Verfassungsrecht eine wichtige Rolle bei der Auslegung und der Gewährleistung

der Verfassung (den Stellungnahmen, die von dieser Kommission ausgehen, kommt in der Tat grosses Gewicht zu). Schliesslich sei noch der Fall Irlands erwähnt, wo die Verfassung dem Präsidenten ebenfalls das Recht gewährt, vom Obersten Gerichtshof ein Gutachten über die Verfassungsmässigkeit von Parlamentsbeschlüssen einzuholen, wobei das Gutachten bindenden Charakter hat (auch dieses Vorgehen wird relativ selten eingeschlagen). Andererseits und mit Bezug auf den Fall Irlands muss hervorgehoben werden, dass die Gesetzeskontrolle durch die Gerichte im allgemeinen und insbesondere durch den Obersten Gerichtshof letztlich zu ähnlichen Ergebnissen führt, wie die Kontrolle durch ein Verfassungsgericht, was aus dem Inhalt der entsprechenden Entscheidungen und seiner bindenden Kraft als Präzedenzfall hervorgeht (siehe unten 2.1. und 3).

1.2 Formen und prozessuale Wege der Prüfung der Verfassungsmässigkeit.

a) Eine erste, grundsätzliche Unterscheidung ist zwischen der *Präventivkontrolle* (vor Inkrafttreten der Rechtsnorm) und der *nachträglichen* Kontrolle (nach Eingliederung der Norm in die Rechtsordnung) zu machen.

Innerhalb der Länder, in denen die Verfassungsgerichtsbarkeit von einem Verfassungsgericht oder einer vergleichbaren Institution wahrgenommen wird, ist die erste Kontrollform (Präventivkontrolle) in Frankreich die einzig mögliche (mit Ausnahme der in Art. 37 c der Verfassung vorgesehenen Möglichkeit): Es handelt sich dabei um die (obligatorische) Kontrolle der «Organisationsgesetze» und der Geschäftsordnungen des Parlaments und der (fakultativen) Kontrolle von völkerrechtlichen Konventionen und Gesetzen des Parlaments, die auf Antrag des Staatspräsidenten, des Premierministers oder eines Präsidenten der beiden Kammern oder bei Parlamentsgesetzen auch noch von 60 Abgeordneten oder Senatoren erfolgt.

Auch in Portugal, Österreich, Italien und Spanien ist eine Präventivkontrolle ausdrücklich vorgesehen. In Portugal besteht diese Möglichkeit in bezug auf jeglichen Text von Gesetzesrang (völkerrechtliche Konventionen, Gesetze, Gesetzesverordnungen und regionale gesetzgebende Verordnungen). In Österreich, Italien und Spanien ist dieselbe Möglichkeit viel eingeschränkter: In Österreich können nur Fragen der Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Bund und den Ländern einer solchen Kontrolle unterworfen werden; in Italien ist dies bei der erneuten Annahme eines regionalen Gesetzes durch ein Regionalparlament

möglich, nachdem das Gesetz von der Regierung abgelehnt worden war; in Spanien ist diese Kontrollform in bezug auf völkerrechtliche Verträge möglich (eine Präventivkontrolle der Statuten der «autonomen Regionen» und der «Organisationsgesetze» ist seit 1985 nicht mehr möglich). Auf der anderen Seite hat auch das deutsche Bundesverfassungsgericht die präventive Kontrolle von Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen zugelassen, selbst wenn dies gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Im Rahmen der Präventivkontrolle müssen noch die spezifischen Formen der Verfassungskontrolle einbezogen werden, auf die am Schluss der vorhergehende Nummer (s. oben 1.1) Bezug genommen wurde. Es ist hier noch der Fall Belgiens hinzu zu fügen, wo ebenfalls der Staatsrat aufgerufen ist, vorgängige Gutachten über Gesetzes- und Verordnungsvorlagen oder -entwürfe abzugeben, wobei diese Gutachten die Frage der Verfassungsmässigkeit einschliessen können.

Die Fälle, in denen eine Präventivkontrolle von Rechtsnormen zugelassen ist, sind also, wie wir sehen, nicht sehr zahlreich. Weiter verbreitet — vor allem in den Rechtsordnungen, die eine eigentliche Verfassungsgerichtsbarkeit kennen — ist die *nachträgliche* Prüfung.

b) In bezug auf die nachträgliche Kontrolle pflegt man zwischen *abstrakter* und *konkreter* Normenkontrolle zu unterscheiden. Es ist bekannt, dass die erste Kontrollform unabhängig von der Anwendung der Norm in einem konkreten Fall stattfindet, während die zweite Form ihren Anlass in dieser Anwendung findet.

Man kann sagen, dass in den Systemen ohne eigentliche Verfassungsgerichtsbarkeit (d.h. ohne Verfassungsgericht oder eine vergleichbare Institution) die nachträgliche Kontrolle, wo es erlaubt ist, eine aus der Natur der Sache her konkrete Überprüfung (*richterliches Prüfungsrecht, judicial review*) ist — von der Möglichkeit einmal abgesehen, dass in einigen dieser Rechtsordnungen die «direkte» Kontrolle von Normen unter Gesetzesrang, vor allem von Verordnungen, anerkannt wird.

Klar kommt die Unterscheidung erst in den Systemen mit einer eigentlichen Verfassungsgerichtsbarkeit zum Ausdruck, wobei man sagen kann, dass in praktisch allen Fällen beide Kontrollformen vorgesehen sind, allerdings mit unterschiedlicher Gewichtung und in unterschiedlichem Ausmass. Jugoslawien stellt hier eine Ausnahme dar, weil anscheinend jegliche Kontrolle «abstrakt» ist, auch

wenn der Anstoss dazu von einem Richter oder von der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit einem konkreten Fall ausgegangen ist. (Inzwischen wird der Fall Frankreichs hier ausser acht gelassen, da auf ihn schon zuvor Bezug genommen wurde, sowie der Fall der Schweiz, der anschliessend noch Erwähnung findet: siehe unten c).

Bezüglich der *abstrakten* Normenkontrolle gilt es hervorzuheben, dass die Initiative dazu normalerweise bestimmten *öffentlichen Organen und Stellen* oder *gesellschaftlichen Organisationen* vorbehalten ist. Jugoslawien macht wiederum eine Ausnahme, und zwar im doppeltem Sinne: Einerseits steht jedem Bürger, nach einer vorgängigen Zulässigkeitskontrolle durch das Verfassungsgericht, die Möglichkeit offen, an das Verfassungsgericht zu gelangen (Bürgerbeschwerde); die Zulässigkeitskontrolle ist nicht erforderlich, wenn die Initiative von öffentlichen Organen oder Körperschaften ausgeht. Andererseits gesteht die Verfassung dem Verfassungsgericht eine eigene Initiative (*ex officio*) zu, und zwar sowohl dem des Bundes, als auch denen der Föderativstaaten und Provinzen.

Für die abstrakte Normenkontrolle gilt noch, dass in einigen Rechtsordnungen eine Frist vorgesehen ist, innerhalb derer die Überprüfung beantragt werden muss, nach deren-Ablauf sie nur noch auf einem anderen Weg stattfinden kann (z.B. über die konkrete Kontrolle). Dies ist in Italien der Fall (Fristen von 30 oder 60 Tagen, vom Datum der Veröffentlichung an gezählt, bei der Anfechtung von Gesetzen der Republik durch eine der Regionen oder von Regionalgesetzen durch eine andere Region), in Spanien (3 Monate nach Veröffentlichung des Gesetzes), in der Türkei (10 Tage oder 60 Tage, vom Tag der Annahme an, je nachdem, ob die Verfassungswidrigkeit formeller Art ist oder nicht) und in Polen (5 Jahre, von der Veröffentlichung an, oder der Annahme des Gesetzes, je nach Fall).

In den Rechtsordnungen mit einer eigentlichen Verfassungsgerichtsbarkeit findet die *konkrete* Normenkontrolle in der Regel über den Mechanismus der «präjudiziellen Verfassungsmässigkeitsfrage» statt, die dem Verfassungsgericht von dem vorlegenden Gericht gestellt wird. In einigen Rechtsordnungen (Österreich, Polen) findet diese Anfrage unabhängig von der Art der Normen statt, deren Verfassungsmässigkeit (oder Gesetzmässigkeit) angezweifelt wird; in anderen aber (Bundesrepublik Deutschland, Italien, Spanien) nur dann, wenn es sich um ein Gesetz oder ein Text von gleichwertigem Rang handelt, was die Aussage erlaubt, dass die Einschaltung des Verfassungsgerichtes auch zur «Verteidigung des

Gesetzes» gerechtfertigt ist. Die konkrete Kontrolle der übrigen Normen, besonders derjenigen unter Gesetzesrang, steht in diesen letzten Rechtsordnungen der Gerichte im allgemeinen zu.

Die Voraussetzungen für eine Anfrage an das Verfassungsgericht bezüglich der «Verfassungsfrage» stimmen in den verschiedenen Rechtsordnungen in einem zentralen Punkt überein, nämlich was die Bedeutung der Norm für den konkreten Fall *a quo* betrifft, eine Bedeutung, die in einigen Rechtsordnungen vom eigentlichen Verfassungsgericht kontrolliert wird (so in Italien, Spanien und in der Türkei, ähnlich zudem auch in Österreich, allerdings beschränkt auf eine «Evidenzkontrolle»). Ein gewichtiger Unterschied im Verhältnis zu den soeben erwähnten Rechtsordnungen besteht in der Bundesrepublik Deutschland: Während in den ersteren eine Anfrage an das Verfassungsgericht schon für den Fall eines begründeten «Zweifels» an der Verfassungsmässigkeit notwendig ist, erfolgt diese im Falle Deutschlands nur, wenn das Gericht *a quo* zu dem Ergebnis kommt, dass es sich um eine Verfassungswidrigkeit handelt (Monopol der Negativentscheidung). Erwähnt sei noch, dass die verschiedenen Rechtsordnungen auch in bezug auf die Instanzen voneinander abweichen, die dem Verfassungsgericht die Frage der Verfassungsmässigkeit vorlegen können: Während diese Möglichkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Italien und Spanien jedem Gericht offensteht, ist dies in anderen Rechtsordnungen den Obersten Gerichten und denen der 2. Instanz vorbehalten, wenn es sich um «Gesetze» handelt (z. B.: Österreich); in Polen steht dieser Weg auch den obersten Verwaltungsorganen offen.

Das portugiesische Recht hält hier eine andere Lösung bereit: Allen Gerichten steht auch von Amts wegen, die Kompetenz zu, die Verfassungsmässigkeit jedwelcher Norm zu überprüfen, wobei sie die Anwendung einer Norm, die sie als verfassungswidrig erachten, ablehnen *müssen*. Die konkrete Normenkontrolle steht daher in erster Linie den Gerichten im allgemeinen zu. Entscheidungen über die «Verfassungsfrage» stehen aber einer *Berufung* an das Verfassungsgericht offen. *Obligatorisch* ist die Berufung (die von der Staatsanwaltschaft ausgeht), wenn es sich bei der abgelehnten Norm um eine völkerrechtliche Konvention, einen Gesetzgebungsakt oder eine durch den Präsidenten der Republik verkündete Verordnung handelt. Wenn die Verfassungsfrage von einer durch Prozessparteien erhoben und von dem betreffenden Gericht abgelehnt wurde, so kann diese ebenfalls an das Verfassungsgericht gelangen, wenn der übliche Instanzenweg erschöpft ist.

c) Eine spezielle Form der Normenkontrolle, die neben der Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Kontrolle steht, ist der *Individualantrag*, mit dem ein Bürger direkt an das Verfassungsgericht gelangen kann, wie dies von der österreichischen Rechtsordnung vorgesehen ist. Möglich ist dies, wenn ein Gesetz oder eine Verordnung einen Bürger direkt betrifft (d.h. unabhängig von seiner Anwendung durch eine Verwaltungsakt oder eine Gerichtsentscheidung), wobei hier aber das «Prinzip der Subsidiarität» gilt (d.h. sie ist nur möglich, wenn der betroffenen Person kein anderer Rechtsweg offensteht).

Diese Form nähert sich der durch die «staatsrechtliche Beschwerde» oder die «Verfassungsbeschwerde» ausgeübte Normenkontrolle. Im schweizerischen Recht übt das Bundesgericht die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Rechtsnormen hauptsächlich durch dieses Verfahren aus, wobei sich die «Verfassungsbeschwerde» sowohl direkt gegen eine (kantonale) Norm, als auch (indirekt) gegen seine Anwendung richten kann. Doch das Prinzip der Subsidiarität gilt auch hier.

Auch im bundesdeutschen Recht kann die Normenkontrolle durch eine «Verfassungsbeschwerde» durchgeführt werden, wobei sich hier eine solche Beschwerde unter eng gefassten Voraussetzungen (vor allem der sofortigen und unmittelbaren Wirkung der Normen) auch gegen Gesetze oder andere Rechtsnormen richten kann. Auch im österreichischen Recht kann eine ähnliche Klage zur Kontrolle der Verfassungsmässigkeit führen, dann allerdings in Form einer «konkreten Kontrolle», wobei die Initiative dazu vom Verfassungsgericht ausgeht.

d) Neben den prozessualen Formen der Normenkontrolle, die schon erwähnt wurden, kann diese Kontrolle inzidenterweise auch in anderen Verfassungsgerichtlichen Verfahren stattfinden: so z. B. bei *Kompetenzstreitigkeiten* zwischen verschiedenen Staatsorganen oder *föderativen* oder *quasiföderativen Streitigkeiten*.

1.3 Umfang und Gegenstand der Verfassungsmässigkeitsprüfung

a) Gesetze und andere Rechtssätze

Dem vorliegenden Bericht geht es in erster Linie um die Behandlung der gerichtlichen Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von *Gesetzen* und anderen Normen mit *Gesetzesrang* oder ihnen gleichgeachteten Normen. Eine solche Möglichkeit ist in fast allen berücksichtigten Rechtsordnungen vorgesehen, wobei im folgenden auf Besonderheiten und Ausnahmen hingewiesen wird:

— in Holland, Luxemburg und Finnland (Länder, die keine spezifische Verfassungsgerichtsbarkeit kennen) ist eine solche Kontrolle nicht erlaubt, wohl

aber eine Kontrolle von Normen unter Gesetzesrang («Gesetz» im nur materiellen Sinn), die im Falle Finnlands ausdrücklich in der Verfassung vorgesehen ist;

— in Irland ist die *judicial review* von nachkonstitutionellen Gesetzen dem «Supreme Court» und dem «High Court» vorbehalten;

— in der Schweiz ist die Kontrolle von *Bundesgesetzen* ausgeschlossen, ebenso wie jedwelche abstrakte Kontrolle anderer *Bundesnormen* (Verordnungen), wobei letztere aber inzidenter, insbesondere anlässlich einer verwaltungsgerichtliche Klage, überprüft werden können. Die Kontrolle bezieht sich also in erster Linie auf kantonale Normen;

— in Belgien ist die Kontrolle von Gesetzen und anderen gesetzgeberischen Akten (Dekrete) durch das Schiedsgericht einerseits beschränkt auf Fragen der Zuständigkeitsverteilung zwischen Staat, Gemeinwesen und Regionen; auf der anderen Seite spricht die belgische Rechtstradition den Gerichten im allgemeinen die Kompetenz zur Gesetzeskontrolle ab (allerdings ist diese Frage in letzter Zeit Gegenstand einer grösseren Diskussion aufgrund einer Entscheidung des Cour de Cassation von 1974);

— in Frankreich beschränkt sich die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetzen auf die präventive Kontrolle, wie sie schon erwähnt wurde, da die Kompetenz zur Gesetzeskontrolle durch Verwaltungs- oder ordentliche Gerichte traditionell ebenfalls abgelehnt wird;

— in der Türkei ist die Kontrolle (durch das Verfassungsgericht) von Gesetzen der kemalistischen Revolution ausgeschlossen, ebenso wie die der vom Nationalen Sicherheitsrat zwischen 1980 und 1983 verkündeten Gesetze und ausserdem die Kontrolle der Gesetzesverordnungen des Ministerrats während des Not- und Ausnahmezustands;

— in Polen schliesslich beschränkt sich die Kompetenz des Verfassungsgericht zur Kontrolle von Gesetzen (und anderen normativen Akten) auf die Zeit nach der Verfassungsreform von 1982.

Die Kontrolle von *völkerrechtlichen Konventionen* verdient spezielle Erwähnung, da sie von einigen Rechtsordnungen, mit verschiedenen Abstufungen und in wechselnden Formen, zugelassen (Österreich, Spanien, Frankreich, Portugal), von anderen aber (Holland, Polen) bewusst ausgeschlossen wird.

Für Rechtsordnungen mit einer eigentlichen Verfassungsgerichtsbarkeit gilt zuletzt, dass die entsprechenden Mechanismen und Verfahrensformen nicht

immer nur ausschliesslich der Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von *Gesetzen* (oder der Kontrolle der *Verfassungsmässigkeit* selbst) dienen. Hierzu gehören die folgende Beispiele:

- in der Bundesrepublik Deutschland ist die *abstrakte* Kontrolle jedwelcher Rechtsnorm möglich, und sowohl sie, als auch die konkrete Kontrolle sich auf die Frage der Vereinbarkeit von Landesrecht mit Bundesrecht erstrecken;
- in Portugal erstreckt sich die Kompetenz des Verfassungsgericht auf die (abstrakte oder konkrete) Kontrolle *jedwelcher Rechtsnorm*; andererseits umfasst sie die Kontrolle einer spezifischen Form der Gesetzmässigkeit, und zwar der, die mit der Verteilung der gesetzgeberischen Zuständigkeit zwischen dem Staat und den autonomen Regionen zu tun hat;
- in Österreich umfasst die Verfassungsgerichtsbarkeit die Kontrolle von Gesetzen und Verordnungen (auch von Verwaltungsvorschriften und jedwelchen allgemeinen Verfügungen), wobei in bezug auf letztere nicht nur die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, sondern auch die ihrer Gesetzmässigkeit eingeschlossen ist. Ähnlich wird in Jugoslawien (wo die Kompetenz der Verfassungsgerichte die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze, anderer allgemeiner Rechtsakte und der allgemeinen Akte der Selbstverwaltungsorganisationen umfasst, aber auch noch die Kontrolle der Gesetzmässigkeit dieser beiden letzten Arten von Rechtsakten) und in Polen (wo sich die Kontrolle auch auf andere normative Akte über die Gesetze hinaus erstreckt und die Frage ihrer Gesetzmässigkeit einschliesst) vorgegangen;
- in Spanien und Frankreich schliesslich ist die Verfassungsmässigkeitskontrolle ausdrücklich auch für die Geschäftsordnungen der Kammern des Parlaments vorgesehen.

b) *Rechtssatz und Rechtsnorm*

In einigen Verfassungsordnungen und in der Rechtsprechung einiger Gerichte wird die Frage behandelt, ob es bei der Kontrolle der Verfassungsmässigkeit um den *Rechtssatz* oder die *Rechtsanordnung* (also um den Gesetzestext) geht, oder um die *Norm*, die darin enthalten ist. Für die erste Lösung hat sich das spanische Verfassungsgericht entschieden, wenn es meint, dass die Kontrolle der «Anwendungen» der Rechtssätze nicht in seine Zuständigkeit fällt; in entgegengesetzte Richtung scheint die italienische Rechtsprechung (und Lehre) zu gehen, und zwar auf Grund der Fälle einer bloss *teilweisen* Verfassungswidrigkeit eines Rechtssatzes (aber immer auf ein bestimmtes Gesetz oder einen bestimmten Artikel bezogen).

In den übrigen nationalen Berichten wird diese spezifische Frage nicht angeschnitten. Nur im portugiesischen Bericht wird auf eine ähnlich liegende Frage Bezug genommen, bei der es darum geht festzustellen, was «Norm» in bezug auf die Verfassungsmässigkeitskontrolle bedeutet (da die portugiesische Verfassung diese Kontrolle ausdrücklich für «Normen» vorsieht). Das portugiesische Verfassungsgericht legt diesen Begriff «funktionell» aus, so dass alle reinen Verwaltungsakte auszuschliessen sind, ebenso wie richterlichen Entscheidungen und «politischen» Akte, aber nicht die «Rechtssätze» mit individuellem und konkretem Inhalt und ganz allgemein jedwelche «Verhaltensregeln» oder «Entscheidungskriterien» für die Bürger, die Verwaltung oder für den Richter.

Unabhängig von der überzeugendsten Antwort, die auf die Frage nach der theoretischen Einordnung dieses Sachverhalts gegeben werden kann, scheinen zwei Elemente als sicher gelten zu können: Die «Normenkontrolle» findet immer anhand eines «Textes» oder eines «Rechtssatzes» statt, der als Träger der Normen dient; auf der anderen Seite verhindert dies nicht, dass man einhellig die Möglichkeit einer einfachen Teilverfassungswidrigkeit anerkennt, die selbst «qualitativer» Art sein kann (siehe unten 2.2).

c) Gesetzgeberisches Unterlassen

Die Kontrolle von gesetzgeberischem Unterlassen ist nur in drei Verfassungsordnungen *ausdrücklich* vorgesehen, und zwar in der portugiesischen, der jugoslawischen und der polnischen. Im ersten Fall sieht die Verfassung vor, dass der Präsident der Republik, der Ombudsman und die Präsidenten der Regionalparlamente (wenn direkt Rechte der autonomen Regionen betroffen sind) vom Verfassungsgericht verlangen können, dass es «die Nichteinhaltung der Verfassung durch Unterlassen der zur Durchführung ihrer Normen erforderlichen gesetzgeberischen Massnahme feststelle». Im Falle Jugoslawiens gehört es zur Zuständigkeit der Verfassungsgerichte und zwar von Amts wegen, die entsprechenden Parlamente auf die Notwendigkeit zur Ausarbeitung von Gesetzesnormen oder anderen Rechtsnormen hinzuweisen, um die Verfassung oder das Gesetz zu erfüllen- eine Zuständigkeit, die umso wichtiger ist, als den jugoslawischen Verfassungsgerichten das Recht und die Verpflichtung zusteht, die Erscheinungen von Interesse für die Verwirklichung der Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit zu verfolgen. Dazu gehört auch die allgemeine Kompetenz, den Parlamenten Vorschläge zur Gesetzgebung und -änderungen zu machen. Im polnischen Recht ist eine ähnliche amtliche Zuständigkeit des Verfassungsgerichtes vorgesehen, um das

Parlament auf bestehende Gesetzeslücken hinzuweisen, deren Schliessung nötig ist, um die Kohärenz des juristischen Systems sicherzustellen.

Dennoch ist die Problematik des gesetzgeberischen Unterlassens den anderen Rechtsordnungen nicht unbekannt, und es ist auch nicht die Möglichkeit völlig ausgeschlossen, dass die entsprechenden für die Normenkontrolle zuständigen rechtsprechenden Organe solche Unterlassungen feststellen, um daraus eine Verfassungswidrigkeit abzuleiten (siehe die nationale Berichte der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Irlands und der Türkei.) Es handelt sich dabei allerdings um Unterlassungen, die als «relativ» bezeichnet werden können, da sie sich nur auf ein bestimmtes Gesetz oder einen bestimmten Rechtssatz beziehen und auf seiner Unvollständigkeit beruhen, woraus die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes bzw. des Rechtssatzes abgeleitet werden kann (im französischen Bericht findet sich das Beispiel eines Gesetzes, bei dem der Gesetzgeber seine Kompetenz nicht ausgeschöpft hatte; meistens aber beruht die Situation auf einer Nichtbeachtung gleichgelagerter Sachverhalte durch den Gesetzgeber, womit das Gleichheitsprinzip verletzt wird). Da das Problem im Zusammenhang mit der Normenkontrolle steht, hat es im Grunde genommen mit der Problematik des «Inhalts» der entsprechenden Entscheidungen zu tun, die noch zu behandeln sein wird (siehe unten 2.2). Angefügt sei hier nur, dass das österreichische Verfassungsgericht in diesem Zusammenhang radikaler vorgeht, indem es meint, dass die behaupteten Unterlassungen, wenn sie bedeutend sind, lediglich zur Verfassungswidrigkeit des Rechtssatzes, führen können.

Eine besondere Situation im Zusammenhang mit der Problematik des «gesetzgeberischen Unterlassens» kann dann entstehen, wenn ein Gesetz aufgehoben wird, das für die Verwirklichung von Verfassungsnormen oder für die Garantie von Verfassungsforderungen notwendig ist: Sowohl das portugiesische Verfassungsgericht, als auch der französische Verfassungsrat haben zu einer solchen Situation Stellung genommen und sind dabei zum Schluss gekommen, dass die aufhebende Norm verfassungswidrig sei.

1.4. *Prüfungsmassstäbe*

Prüfungsmassstab für die Beurteilung der «Verfassungsmässigkeit» ist selbstverständlich die Verfassung. Dort wo die Verfassungsgerichtsbarkeit auch eine Kontrolle der Gesetzmässigkeit einschliesst (aller oder lediglich bestimmter Arten) müssen als Prüfungsmassstab auch selbstverständlich die hierarchisch übergeordneten Gesetze gelten, deren Einhaltung gesichert werden soll (siehe oben, 1.3, Abs. a).

In bezug auf den ersten Massstab, den einzigen, den es in diesem Bericht zu berücksichtigen gilt, drängen sich noch einige zusätzliche Bemerkungen auf.

In erster Linie muss gesagt werden, dass in fast allen Rechtsordnungen die Verfassung als Ganzes — also in bezug auf die Regeln der gesetzgeberischen Zuständigkeit und des Gesetzgebungsprozesses, wie auch in bezug auf die materiellen Prinzipien und die darin enthaltenen Werte — als Massstab für die Prüfung der Verfassungsmässigkeit genommen wird. In diesem Zusammenhang ist vor allem die Entwicklung hervorzuheben, die sich in diesem Sinn während der letzten Jahre im französischen Verfassungsrat gezeigt hat, sowie auf diejenige in der österreichischen Verfassungsrechtsprechung. Im letzteren Fall geht es um die Anerkennung der «offenen» Prinzipien (z.B. des Gleichheitsgrundsatzes) oder der «unbestimmten» Begriffen der Verfassung (z.B. des Gemeinwohls), denen vorher keine «Wirksamkeit» zugesprochen wurde. Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Richtung macht das belgische Recht, da die Zuständigkeit des Schiedsgerichts sich auf die Kontrolle der Einhaltung der Verfassungsregeln über die gesetzgeberische Kompetenz beschränkt, wie oben (1.3. Abs. a) bemerkt wurde.

Die Tatsache, dass die Gesamtheit der Normen und Prinzipien der Verfassung als ein Massstab für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit dienen, schliesst auf der anderen Seite nicht aus, dass prozessrechtliche Umstände oder Gründe (die Art und der Gegenstand des Prozesses oder die beschränkte Prozessbefugnis der Stelle, die die Kontrolle anstrebt) den Kreis der Verfassungsbestimmungen und -prinzipien, die zur Beurteilung anstehen, einschränken können. Hieher gehören folgende Beispiele: bei Verfahren der abstrakten Kontrolle vor dem portugiesischen Verfassungsgericht, die von den Organen der autonomen Regionen betrieben werden, darf nur eine Verletzung der Rechte derselben Regionen als Begründung vorgebracht werden; ähnliches geschieht bei der Normenkontrolle durch das deutsche Bundesverfassungsgericht in Kompetenzsteigkeitsverfahren; gleiches gilt bei der präventiven Kontrolle des österreichischen Verfassungsgerichts (siehe oben 1.2 a); und schliesslich noch für die Kontrolle in Rahmen des Verfahrens der Verfassungsbeschwerde vor dem deutschen Verfassungsgericht und dem schweizerischen Bundesgericht, die auf die Verletzung von «Individualrechten» beschränkt ist (was in Österreich in ähnlichen Prozessen nicht der Fall ist).

Eine zweite Bemerkung bezieht sich auf die Tatsache, dass einige Berichte von einer Erweiterung des Prüfungsmassstabs sprechen, die über die Normen und Prinzipien der «formellen» Verfassung hinausgehen. Dies ist namentlich bei dem

vom französischen Verfassungsrat definierten «*bloc de constitutionnalité*» der Fall (er schliesst nicht nur die Prinzipien ein, auf die die Präambel der Verfassung verweist, sondern auch die «allgemeinen Rechtsprinzipien mit Verfassungswert» und den Begriff der «Ziele mit Verfassungswert»). Seinerseits anerkennt das italienische Verfassungsgericht «implizite Verfassungsnormen». Das türkische Verfassungsgericht greift auf die «allgemeinen von den zivilisierten Nationen anerkannten Rechtsgrundsätze» zurück. Das schweizerische Bundesgericht bezieht sich auf die Garantien und Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention. Auf einer ähnlichen Linie liegt noch etwa die Kontrolle von materiellen Gesetzesnormen (also die nicht vom Parlament verabschieden sind) unter dem Gesichtspunkt der «allgemeinen Rechtsgrundsätze» durch die holländischen Gerichte.

Eine dritte Bemerkung soll aufzeigen, dass es sich auch um eine «Erweiterung» des Prüfungsmassstabs handelt, wenn dieser sich in Verbindung mit oder auf Grund von Prinzipien oder Normen der Verfassung auf nicht verfassungsrechtliche Normen erstreckt. Es handelt sich hierbei um das Phänomen der *Zwischennormen*, das besonders in der italienischen Rechtsprechung und Lehre Erwähnung findet. Zu den Normen, die diesen Bedingungen entsprechen, werden dort die delegierende Gesetze, die «grundlegenden Prinzipien» die in den Staatsgesetzen festgelegt sind» (wichtig für die gesetzgeberische Kompetenzfestlegung der Regionen) und die «allgemeinen Regeln des Völkerrechts» bezeichnet (in bezug auf letztere ähnlich in der Türkei).

Die gleiche Beurteilung verdient der «*bloc de constitutionnalité*», auf den sich das spanische Verfassungsgericht bei der gesetzgeberische Kompetenzverteilung zwischen dem Staat und den autonomen Regionen bezieht. Dieser «*bloc*» beinhaltet ausser den eigentlichen Verfassungsnormen, die «Statuten» der verschiedenen Regionen und die Gesetze, die im Rahmen der Verfassung solche Zuständigkeiten abgrenzen. Mit der Problematik der *Zwischennormen* hat sich auch das portugiesische Verfassungsgericht des öfteren befasst. Anlass dazu hat die spezifische Frage gegeben, ob auch die völkerrechtlichen Verträge (denen in Portugal nach der herrschenden Lehre *kraft Verfassung* ein übergesetzlicher Rang zukommt als Massstab für die Verfassungsmässigkeitskontrolle gelten sollen: In diesem Punkt sind sich die beiden Senate des Gerichts aber grundsätzlich uneinig.

Schliesslich sei noch eine vierte — in dem italienischen Bericht enthaltene — Bemerkung angebracht. Sie betrifft die mögliche Bedeutung des ordentlichen Gesetzes, sei es als Hilfe und stabilisierender Faktor bei der Verfassungsauslegung,

sei es als *tertium comparationis* bei der Verfassungsmässigkeitsbeurteilung unter dem Gesichtspunkt des «Gleichheitsprinzips» (was immer häufiger der Fall ist). Letzteres jedoch stellt ein Thema dar, das im Zusammenhang mit dem des «Inhalts» der Entscheidungen steht (siehe unten 2.).

2. Inhalt der Entscheidungen

In den besprochenen Rechtsordnungen finden sich zwei Grundmodelle der Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Rechtsnormen: Einerseits die «diffuse» Kontrolle durch die Gerichte im allgemeinen und andererseits die «konzentrierte» Kontrolle durch ein Verfassungsgericht oder eine vergleichbare Institution (siehe oben, 1.2.b).

Eine erste Unterscheidung steht daher in bezug zu den Entscheidungen, die die beiden Systeme liefern: Bei der konzentrierten Kontrolle bezieht sich die Entscheidung unmittelbar auf die Frage nach der Verfassungsmässigkeit und beinhaltet in ihrem Tenor ein entsprechendes Urteil; bei der diffusen Kontrolle geht es in erster Linie um die Lösung einer anderen Rechtsfrage (der «Hauptfrage»), die dem Gericht vorgelegt wurde, so dass die Entscheidung, normalerweise bloss in ihrer *Bergründung* ein Urteil über die Verfassungsmässigkeit der Norm beinhaltet, was sich in der «Anwendung» oder «Nicht-Anwendung» der Norm auf den konkreten Fall ausdrückt.

Eine Abweichung von dieser Regel finden wir in der irischen Rechtsordnung, wo nach dem ersten Modell verfahren wird (die *judicial review* ist in der Verfassung selbst ausdrücklich verankert): Im Falle einer Verfassungswidrigkeit wird vom Gericht normalerweise eine entsprechende formelle *Erklärung* abgegeben (obwohl es auch Fälle gibt, in denen sich das Urteil nur in der Begründung der Entscheidung findet).

Zudem muss bemerkt werden, dass, da in Portugal trotz der Einrichtung eines Verfassungsgerichtes den Gerichten im allgemeinen die Zuständigkeit zur Normenkontrolle erhalten ist (siehe oben, 1.2.b), die Entscheidungen dieser Gerichte im konkreten Fall ihren Ausdruck selbstverständlich in der «Anwendung» bzw. «Nicht-Anwendung» der Norm finden.

Andererseits sei noch darauf hingewiesen, dass es selbst bei Prozessen vor einem Verfassungsgericht Situationen gibt, in denen das Gericht keine unmittelbare Entscheidung über die Verfassungsmässigkeit einer Norm erlässt, sondern es die entsprechende Beurteilung in die Begründung einer anderen Entscheidung

einfließen lässt (dies hat zur Folge, dass eine solche Beurteilung nicht die gleichen Auswirkungen hat wie eine unmittelbare Entscheidung): Dies ist bei der Verfassungsbeschwerde vor dem österreichischen Verfassungsgericht der Fall, kann aber auch bei gleichen Verfahren vor dem deutschen und dem schweizerischen Gericht vorkommen (hier, wenn sich die Klage gegen Akte der Rechtsanwendung richtet).

Im Folgenden werden im Prinzip die *unmittelbare* Entscheidungen über die Frage der Verfassungsmässigkeit diskutiert.

2.1 *Die einfachen oder extremen Arten der Entscheidungen*

Diese können natürlich entweder auf eine Entscheidung der *Verfassungswidrigkeit* schlechthin zurückgeführt werden («Gutheissungsentscheidungen», in der italienischen Terminologie) oder auf eine Entscheidung im gegenteiligen Sinn («Zurückweisungsentscheidung», in derselben Terminologie). Es handelt sich in jedem Fall um die Ausgabe eines einfachen Urteils, ohne Vorbehalte oder Einschränkungen. Der entsprechende Inhalt ist aber nicht in allen Rechtsordnungen und unter allen Umständen der gleiche.

a) Entscheidungen im Sinne Verfassungswidrigkeit enthalten in erster Linie eine *Erklärung* oder eine *Ausspruch der Verfassungswidrigkeit*. Es gilt aber sogleich zu unterscheiden, ob sie auf dem Weg der präventiven oder nachfolgenden Kontrolle ergehen. Im ersten Fall soll das Urteil das Inkrafttreten der Norm verhindern, im zweiten Fall führt das Urteil in der Regel zur Entfernung der Norm aus der Rechtsordnung.

Mit ausschliesslichem Bezug auf die nachträgliche Kontrolle muss hinzugefügt werden, dass die erwähnte Wirkung sich im Prinzip sowohl bei der konkreten oder inzidenten Kontrolle (Verfassungsmässigkeitsfrage) als auch bei der abstrakten einstellt. Aufgrund der speziellen Ausgestaltung des entsprechenden Kontrollsystems stellt die portugiesische Rechtsordnung hier eine Ausnahme dar, denn bei der konkreten Kontrolle Wird das Verfassungsgericht durch eines Rechtsmittel nur angerufen, eine vorgängige Gerichtsentscheidung über die Anwendung oder Nichtanwendung einer Norm zu überprüfen (die Überprüfung beschränkt sich auf die «Verfassungsfrage»): Deshalb bestätigt das Verfassungsgericht entweder die Entscheidung oder es hebt sie auf (Begründetheit oder

dann aber Zurückweisung des Rechtsmittels). Wenn das Verfassungsgericht (in Übereinstimmung oder Abweisung der angegriffenen Entscheidung) die Verfassungswidrigkeit anerkennt, beschränkt es sich deshalb darauf, «die Norm als verfassungswidrig zu beurteilen» (wobei es diese Beurteilung in der Rechtsmittelsentscheidung einbezieht).

Die Auswirkungen des «kassatorischen» Effekts sind nicht in allen Rechtsordnungen gleich. In einigen ist damit eine «Nichtigkeitserklärung» der Norm verbunden (Bundesrepublik Deutschland, Türkei, Spanien; im letzten Land tritt noch eine «Aufhebung» ein, wenn es sich um eine vorkonstitutionelle Norm handelt); in anderen Rechtsordnungen führt die Entscheidung im Prinzip zur «Ausserkraftsetzung» (Österreich, wo allerdings die Verfassungswidrigkeit bloss «erklärt» wird, wenn es um völkerrechtliche Verträge oder aufgehobene Normen handelt); in anderen Rechtsordnungen noch findet sich eine mittlere Lösung, indem man von einer «Annullierung» spricht (Italien, Belgien); in bezug auf Normen unter Gesetzesrang spricht man in Jugoslawien von «Annullierung» oder «Ausserkraftsetzung» und in Portugal schliesslich sprechen Verfassung und Gesetz bloss von einer «Verfassungswidrigkeitserklärung». Die Bedeutung dieser Abweichungen unter dem Gesichtspunkt der zeitlichen Wirksamkeit der Entscheidungen wird unten (4.1 und 4.2) darstellt.

Eine besondere Erwähnung verlangen die Rechtsordnungen Jugoslawiens und Polens. In Jugoslawien — mit Bezug auf Normen mit Gesetzesrang — werden die Entscheidungen dem entsprechenden Parlament mitgeteilt, damit dieses innerhalb von 6 Monaten (welche Frist verlängert werden kann) die Verfassungsmässigkeit wiederherstellt, indem es die fraglichen Normen aufhebt oder ändert. Im Falle einer Untätigkeit des Parlaments kann dann das Verfassungsgericht eine zweite Entscheidung erlassen, in der es die Norm aufhebt. In Polen werden alle Entscheidungen, die die «Nichtübereinstimmung» von Rechtsnormen erklären, an das Organ zurückgewiesen, das sie erlassen hat, wobei man zwischen Gesetze bzw. Parlamentsbeschlüssen und übrigen Normen unterscheiden muss. Im ersten Fall obliegt es dem Parlament, die Widerrufung zu beschliessen, die Norm zu ändern oder (mit der für die Verfassungsrevision nötigen Mehrheit) die Entscheidung des Gerichts aufzuheben, im zweiten Fall ist das erlassende Organ verpflichtet, die Norm innerhalb von 3 Monaten zu ändern oder aufzuheben, da sie sonst ihre Verbindlichkeit verliert.

Immer noch mit Bezug auf Entscheidungen der Verfassungswidrigkeit muss hinzugefügt werden, dass ihr Inhalt (und Umfang) bei der abstrakten Kontrolle durch den Gegenstand des «Antrags» beschränkt

ist (in Übereinstimmung mit dem bekannten Prinzip *ne eat iudex ultra vel extra petita partium*); bei der konkreten Kontrolle beschränkt er sich auf die aufgeworfene «Verfassungsmässigkeitsfrage». Wo lediglich ein Teil eines Rechtssatzes (ein Abschnitt oder eine Ziffer) in Frage gestellt wurde, entspricht daher die «teilweisende» Verfassungswidrigkeitsentscheidung einem «einfachen» Entscheidung.

Das Antragsprinzip bezieht sich normalerweise nur auf den «Entscheidungsgegenstand» (die in Frage gestellte Norm) und nicht auf die Gründe der Verfassungswidrigkeit (verletzte Normen oder Grundsätze). Im portugiesischen Verfassungsgerichtsgesetz ist dies zum Beispiel deutlich ausgedrückt. Aber manchmal geht das Prinzip doch weiter, wie es anscheinend in der schweizerischen Rechtsordnung geschieht, wenn der entsprechenden Bericht richtig verstanden wurde.

Doch auch dieses Prinzip kennt seine Ausnahmen. So kann man sagen, dass es nicht in Jugoslawien und Frankreich (hier selbstverständlich im Bereich der präventiven Kontrolle) gilt, und dass es in Deutschland und in Österreich zwei bedeutende Einschränkungen erfährt. In Deutschland kann sich die Entscheidung auf andere Bestimmungen «desselben» Gesetzes erstrecken, die aus denselben Gründen verfassungswidrig sind; in Österreich dann, wenn die Verfassungswidrigkeit auf einer Verletzung einer Zuständigkeits- oder formellen Regelung beruht. Schliesslich ist in Spanien die Ausweitung der Entscheidung aufgrund einer «Verbindung oder Konsequenz» vorgesehen und eine solche «konsequente» Erklärung ist auch in Italien anerkannt.

b) Was die sich nicht für die Verfassungswidrigkeit aussprechenden Entscheidungen angeht, sei hauptsächlich hervorgehoben, dass sie grösstenteils «negativer» Art sind (wie dies der schweizer Bericht darlegt). Dies drückt sich entweder in einer «Nichtfeststellung der Verfassungswidrigkeit» aus (diese ist die portugiesische Formulierung bei der nachträglichen abstrakten Kontrolle; ähnlich in Jugoslawien) oder, einfacher noch, in der «Verneinung der Begründetheit» (Zurückweisung) der Klage, des Rechtsmittels oder der Verfassungsmässigkeitsfrage (so z.B. ausser in der Schweiz auch in Spanien, Italien, Belgien, Irland und Österreich). In beiden Varianten sprechen die Gerichte aber keine «positive» Erklärung der Verfassungsmässigkeit aus; das entsprechende Urteil kann der Entscheidung nur indirekt entnommen werden (wie es im jugoslawischen Bericht betont ist).

Trotzdem gibt es Rechtsordnungen und Umständen, in denen es zu einer positiven Feststellung der *Verfassungsmässigkeit*, bzw. *Nicht-Verfassungswidrigkeit* kommt. Vorab ist dies in der französischen und irischen präventiven Kontrolle der Fall (nicht aber bei der Präventivkontrolle in Portugal) (s. oben 1.1 und 1.2, b), aber auch (allerdings bereits im Rahmen der nachträglichen Kontrolle) in der Bundesrepublik Deutschland, in Polen und auch in der Türkei.

Vorausgeschickt sei, dass die erwähnte Unterscheidung nicht ohne rechtliche Folgen ist, denn ihr entsprechen im allgemeinen verschiedene materielle und prozessuale Wirkungen der Entscheidungen (insbesondere in bezug auf ihre präklusive Wirkung), wie es unten 3 gezeigt wird.

2.2 Die vermittelnden Arten der Entscheidungen

Obwohl sich die Entscheidung über die Frage der Verfassungsmässigkeit von Rechtsnormen «formell» praktisch unausweichlich an einer der beschriebenen einfachen Entscheidungsalternativen zurückgeführt werden soll, hat dennoch die Rechtsprechung unter diesem Mantel, mitunter sogar bei Durchbrechung dieses zweigeteilten Alternativschemas, «vermittelnden» Arten oder Modelle von Entscheidungen entwickelt, die sich «substantiell» (wenn nicht sogar «formell») zwischen den aufgezeigten Extremformen einreihen lassen.

Wenn man sagen kann, dass es sich hierbei um ein allgemeines Phänomen handelt, so ist es nicht gewagt, ihren tieferen Grund im Bewusstsein zu sehen, dass eine Entscheidung der Verfassungswidrigkeit immer eine Bevormundung des Gesetzgebers (*contempt of Parliament*) beinhaltet, womit zugleich auch seine «Schwere» angesprochen ist. Hinzu kommt, dass eine solche Entscheidung wenigstens als unmittelbaren Effekt manchmal nicht gering zu achtende Schwierigkeiten (insbesondere institutionellen Charakters) mit sich bringen kann. Es versteht sich deshalb, dass die Rechtsprechung in allen Rechtsordnungen «Entscheidungstechniken» entwickelt hat, um derartige Folgen zu verhindern, sofern es nicht völlig unumgänglich ist.

a) Die erste dieser Techniken ist die *verfassungskonforme Auslegung*. Wie bekannt ist, handelt es sich dabei um eine Reinterpretation der Norm, wobei diejenigen Bedeutungen ausgeschlossen werden, die zu ihrer Verfassungswidrigkeit führen würden, und ihr etwa ein anderer Sinn gegeben wird, der in Einklang mit der Verfassung steht. Der österreichische Bericht spricht von einem Vorgang, der sich eventuell auf eine Unterart der *systematisch-teleologischen Auslegung*

des Rechts zurückführen lässt, was im Grunde auch erklären würde, warum er allgemein (manchmal unter einer spezifischen Bezeichnung wie in Frankreich die der «neutralisierenden Auslegung») akzeptiert wird. (Die Verbreitung dieser Methode — und dies sei als bemerkenswert erwähnt — erstreckt sich auch auf Rechtsordnungen, die die richterliche Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von «Gesetzen» ganz oder teilweise ablehnen, und hat dabei eine «Kompensationsfunktion» für das Fehlen einer solchen Kontrolle; dies ist in der Schweiz der Fall bezogen auf Bundesgesetze, seit kurzem aber auch in Finnland.)

Die Technik der «verfassungskonformen Auslegung» führt offensichtlich zu Entscheidungen, in denen die fragliche Norm nicht als verfassungswidrig beurteilt wird: *Auslegenden Zurückweisungsentscheidungen* wie sie die italienische Terminologie nennt. Im allgemeinen handelt es sich um Entscheidungen, deren Sinn und Bedeutung sich aus den entsprechenden «Gründen» und durch eine (eventuell «spezifische») «Rückverweisung» auf diese im «Entscheidungenstenor» oder Ausspruch ergibt. Es lassen sich aber auch Entscheidungen anführen, in denen die «verfassungskonforme Auslegung» sogar ausdrücklich in dem Entscheidungstenor enthalten ist: So bei der Präventivkontrolle in Frankreich und auch in der Praxis des spanischen Verfassungsgerichts.

Indessen wirft diese «Technik» zwei Arten von Problemen auf, die einerseits mit der Reichweite und den Grenzen der Zuständigkeit der Verfassungsgerichten gegenüber dem Gesetzgeber zu tun haben, andererseits gegenüber den Gerichten im allgemeinen. Diese Probleme werden in verschiedenen nationalen Berichten angeschnitten.

In bezug auf die erste Frage kann generell gesagt werden, dass die verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen «am Wortlaut und dem klaren Willen des Gesetzgebers» findet (deutscher Bericht), so dass sie die «Logik des Gesetzestextes» berücksichtigen muss (belgischer Bericht) und nicht zur «Konstruktion einer Norm führen darf, die nicht ausdrücklich aus dem Text hervorgeht» (spanischer Bericht). Innerhalb dieser allgemeinen Orientierung lässt sich aber eine verschiedene Akzentuierung bei der Anwendung der Methode feststellen: s. den schweizer Bericht (wo von einem speziellen Bemühen des Bundesgerichts bei der Suche nach der konformen Auslegung die Rede ist) und den irischen Bericht («Vermutung» einer konformen Auslegung im Falle von nachkonstitutionellen Gesetzen und umgekehrte «Vermutung» bei vorkonstitutionellen Gesetzen; siehe dazu auch den österreichische Bericht).

Was das zweite Problem betrifft, so ergibt es sich daraus, dass die verfassungskonforme Auslegung nicht ein «Monopol» der Verfassungsgerichte ist (s. den

österreichischen Bericht) und dass die Auslegung der Gesetze in erster Linie den Gerichten im allgemeinen zusteht. Deshalb fragt es sich, ob die verfassungsgerichte nicht nur verfassungswidrige Interpretationen ablehnen dürfen, sondern auch ihre eigene Auslegung des Gesetzes aufzwingen können. Die Richtung der deutschen und österreichischen Verfassungsgerichten geht im ersten Sinne; allgemeinerer aber scheint es, dass die Praxis weit davon entfernt ist, sich einer solchen Richtung anzuschliessen. Diesbezüglich s. neben dem österreichischen insbesondere die italienischen, französischen und portugiesischen Berichte. Im italienischen Bericht ist die Rede von zwei Arten der «konformen Auslegung»: Die eine folgt dem «lebenden Recht» (d.h. der von den Gerichten im allgemeinen und insbesondere von der Kassation vorgenommen Auslegung), in der anderen legt das Verfassungsgericht seine eigene Interpretation fest; im französischen Bericht wird festgehalten, dass die «neutralisierende Auslegung» dann obligatorischen Charakter gewinnt, wenn die Verfassungsmässigkeit des Gesetzestexts durch sie erreicht wurde; im portugiesischen Bericht wird unterstrichen, dass das Verfassungsgesetz selbst in bezug auf der konkreten Normenkontrolle schreibt vor, dass die «konforme Auslegung» des Verfassungsgerichts für alle anderen am Ausgangsverfahren beteiligten Gerichte obligatorischen Charakter hat.

b) Eine andere allgemein anerkannte Art von «vermittelnden Entscheidungen ist die der Erklärung einer *teilweise Verfassungswidrigkeit*, d.h. eine Entscheidung, bei der nur ein Teil des im Antrag (oder bei der präjudiziellen Frage) angegriffenen Rechtssatzes als verfassungswidrig erachtet wird. Es kann sich dabei um einen Teil handeln, der einer der Abschnitte des Rechtssatzes oder sogar nur einem Satz seines Texts («horizontale» oder «quantitative» teilweise Verfassungswidrigkeit) entspricht, oder aber dann geht es um eine bestimmte Dimension seines Inhaltes (eine «Norm», die aus ihm abgeleitet werden wird), was man teilweise Verfassungswidrigkeit im «qualitativen», «ideellen» oder «vertikalen» Sinn nennen könnte.

Diese zweite Variante, die auch allgemein anerkannt ist, soll hervorgehoben werden. Obwohl sie formell der «Umkehrung» der «verfassungskonformen Auslegung» entspricht, beruht sie jedoch, wie in einigen Berichten angemerkt wird, auf eine ähnliche methodische Betrachtung des fraglichen Rechtssatzes und hat ebenfalls den Zweck, mögliche verfassungswidrige Sinngehalte auszuschliessen. Bei der teilweisen Verfassungswidrigkeit jedoch wird dieses Ergebnis dadurch erreicht, dass man den Rechtssatz für verfassungswidrig hält, «solange», «in dem Masse, in dem», oder «in dem Teil, in dem» er einen bestimmten Sinninhalt oder

eine bestimmte Anwendungsdimension beinhaltet. Die italienische Doktrin spricht hier von *auslegenden Gutheissungsentscheidungen* (wenn die «teilweise» Verfassungswidrigkeit durch «Rückweisung» des Tenors auf die Gründen bestimmt ist) oder *teilweisen Gutheissungsentscheidungen* (wenn die entsprechende «Erklärung» im Tenor selbst enthalten ist).

Da es sich um Entscheidungen handelt, die sich zu den «auslegenden Zurückweisungsentscheidungen» (oder «verfassungskonform auslegenden» Entscheidungen) «symmetrisch» verhalten, aber letzten Endes identische Tragweite haben, versteht es sich, dass die Option zu Gunsten der einen oder anderen letztlich von einem «Lebendesweisheitsurteil» (wenn nicht gar von einem «Zweckmässigkeitssurteil») der Gerichte abhängen muss. Siehe dazu den italienischen, den portugiesischen und den spanischen Bericht, wobei die beiden ersteren auf einen besonders wichtigen Punkt in diesem Zusammenhang Bezug nehmen, und zwar auf die allgemeine bindende Wirkung der Entscheidungen einer teilweisen *Verfassungswidrigkeit* gegenüber diejenigen einer «konformen Auslegung» (im Sinne von Entscheidungen, die eine schlichte «Zurückweisung» des Antrags enthalten (siehe unten 3.)). Es versteht sich deshalb, dass das italienische Verfassungsgericht dazu übergegangen ist, zuerst den «auslegenden Gutheissungsurteilen» und nachher den «teilweisen Gutheissungsurteilen» den Vorzug zu geben.

Aus dem was gesagt wurde, kann entnommen werden, dass sich auch im Bereich der Entscheidungen einer teilweisen Verfassungswidrigkeit ein ähnliches Problem stellen kann, wie es sich bei der «verfassungskonformen Auslegung» bezüglich der Abgrenzung der Befugnis des Verfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber stellt: Es handelt sich um die Frage, ob die *Änderung* eines Rechtssatzes, die sie notwendigerweise einschliessen, in diesem Lichte zulässig ist.

Insbesondere aber werfen diese Entscheidungen die allgemeineren Frage der «Abtrennbarkeit» des als verfassungswidrig erkannten Rechtssatzes auf («Abtrennbarkeit» nicht nur im bezug auf die ursprünglichen Sinn und Tragweite des Rechtssatzes, sondern auch auf seine Funktionalität. Hierher ist die Kompetenz des französischen Verfassungsrates insbesondere hervorzuheben, der selber «bestimmen» kann, ob und in welchem Ausmass sich eine solche Abtrennbarkeit ereignet (die eine Entscheidung ist, die Folgen in bezug auf die Verkündungsbefugnis des Präsidenten hat).

c) Wenn es sich bei der «verfassungskonformen Auslegung» und der «teilweisen Verfassungswidrigkeit» um Entscheidungstechniken handelt, die weithin

angewandt werden, so kann dies von anderen «vermittelnden» Arten von Entscheidungen nicht mehr gesagt werden, wie es die *Appellentscheidungen* oder die der *bloßen Feststellung der Verfassungswidrigkeit* sind, die vom deutschen Verfassungsgericht entwickelt wurden. Die zweite dieser letzten Arten von Entscheidungen wurde inzwischen durch das Bundesverfassungsgerichtsgesetz anerkannt.

Bei den «Appellentscheidungen» erachtet das Gericht ein Gesetz oder einen juristischen Sachverhalt als «noch» nicht verfassungswidrig, aber verbindet mit dieser Erklärung den «Appell» an den Gesetzgeber, die Situation zu ändern und setzt dafür eventuell eine Frist fest. Bei den Entscheidungen der «bloßen Feststellung» der Verfassungswidrigkeit «erklärt» das Gericht die Verfassungswidrigkeit der Norm, ohne sie auch für «nichtig» zu erklären.

Diese Arten von Entscheidungen beruhen auf ähnlichen Gründen die sich einerseits auf die Sorge zurückführen lassen, ein juristisches oder politisch-konstitutionelles Chaos zu verhindern, oder die Entstehung einer Situation, die noch weniger im Einklang mit der Verfassung steht und auf der anderen Seite auf dem Gedanken, den «Gestaltungsspielraum» des Gesetzgebers zu bewahren, besonders bei gesetzgeberischem Unterlasser (siehe oben 1.3. a). An diesen letzten Grund schliessen sich oft dogmatische Überlegungen an, wie z.B. die Schwierigkeit, eine bloße Unterlassung (oder Lücke) als «nichtig» zu erklären. Unter den Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht diese Entscheidungsvariante angewandt hat, trifft man häufig auf solche, in denen es um Verletzungen des Gleichheitsprinzips ging (die gerade aus Unterlassungen des Gesetzgebers hervorgehen).

Der allen diesen Entscheidungen gemeinsame Gedanke ist, dass das Verfassungsgericht meint, dass die «gegenwärtige Situation nicht bestehen bleiben kann», es aber dem Gesetzgeber überlässt, «die politische Entscheidung über die zukünftige Lösung zu treffen».

Obwohl die Gründe für diese Entscheidungsarten selbstverständlich auch in anderen Rechtsordnungen vorkommen können, kann gesagt werden, dass sie sich nicht allgemeine Anerkennung und Verbreitung verschafft haben. In verschiedenen Berichten wird hervorgehoben, dass die entsprechenden Rechtsordnungen sie anscheinend nicht gestatten. Hervorgehoben seien der portugiesische und österreichische Bericht, die in diesem Zusammenhang die Gestaltungsbefugnis der Entscheidungswirkung unterstreichen, die den entsprechenden Verfassungsgerichten zukommt (unten, 4).

Trotzdem scheint es, dass den «Appellentscheidungen» des deutschen Verfassungsgerichtes einige seltene «warnende Entscheidungen» (*sentenze monito*)

des italienischen Verfassungsgerichtes zur Seite gestellt werden können (abweisende aber im Grund bedingte Entscheidungen) auf die eine «Gutheissungsentscheidung folgt (Technik der «doppelten Ausspruch»). In bezug auf die «Appellentscheidungen» siehe auch den österreichischen Bericht.

d) Von «Appellentscheidungen» kann aber auch in einem anderen Sinn gesprochen werden, nämlich dann, wenn das Gericht in einer Verfassungswidrigkeitsentscheidung (Gutheissungsentscheidung im Sinne der italienischen Terminologie) einer Reihe von Prinzipien aufzählt, die ein entsprechendes neues Gesetz enthalten muss, um der Verfassung zu genügen (oder sogar eine provisorische Regelung erlässt, um die als verfassungswidrig erklärte zeitweilig zu ersetzen) (so der portugiesische Bericht). Solche Entscheidungen können auch als «konstruktiven» bezeichnet werden (so im spanischen Bericht). Es handelt sich um Entscheidungen, deren Zulässigkeit höchst problematisch ist, besonders in Anbetracht des negativen Charakters der Funktion (kassatorischen Funktion) der Verfassungsgerichte. Die Hinweise auf solche Entscheidungen sind entsprechend in den verschiedenen Berichten selten. Angeführt seien in jedem Fall etwa bestimmte Entscheidungen des deutschen Gerichts, wo lediglich die Verfassungswidrigkeit «feststellt» wurde und die Entscheidung Nr. 53/85 des spanischen Gerichts bezüglich der Entpönlisierung der Abtreibung.

Etwas verschieden von einer «konstruktiven» Entscheidung (die sich mehr oder weniger deutlich als solche annimmt) sind jene Entscheidungen einer Verfassungswidrigkeit, aus deren «Gründen» sich Hinweise für eine zukünftige verfassungskonform rechtliche Gestaltung der Materie entnehmen lassen. Der französische und der schweizerische Bericht nehmen zu dieser Frage Stellung, heben aber immer die «Zurückhaltung» hervor, die den Kontrollinstanzen dabei auferlegt ist.

e) Einige andere spezifische Varianten von vermittelnden Entscheidungen können noch genannten werden.

Hierzu gehören diejenigen, die der österreichische Bericht als «gesetzesergänzenden» Entscheidungen bezeichnet: Es handelt sich um Entscheidungen, in denen die fragliche Norm als verfassungskonform beurteilt wird, soweit sie von bestimmten unmittelbar anwendbaren Verfassungsnormen ausgefüllt soll. (In gewisser «strukturell» Übereinstimmung mit diesen stehen bestimmte Entscheidungen des türkischen Verfassungsgerichtes, die aber «substantiell» einen anderen Sinn haben: es handelt sich um Entscheidungen, in denen dieses Gericht, in dem

«die Verfassungswidrigkeit erkannt hat», gewisse Verfassungsvorschriften unmittelbar angewandt hat, um das im Fall bestehende Hindernis seiner Kontrollbefugnis zu umgehen).

Ebenfalls als spezifische Art von «vermittelnden» Entscheidungen können jene Entscheidungen betrachtet werden, in denen das spanische Gericht den «räumlichen» und das portugiesische Gericht den «zeitlichen» Anwendungsbereich von gewissen Normen begrenzt haben. Es handelt sich aber im Grunde um Entscheidungen einer «teilweisen» Verfassungswidrigkeit *ratione territorii* oder *ratione temporis*.

2.3 Ergänzende und ersetzende Entscheidungen

Von einem «strukturellen» Gesichtspunkt aus gesehen handelt es sich nicht um Entscheidungen, die von denjenigen abweichen, die eine «qualitative teilweise Verfassungswidrigkeit» feststellen («teilweise Gutheissungsentscheidungen» in der italienischen Terminologie). Was solche Bezeichnung charakterisiert, ist die spezifische «substantielle» Wirkung bestimmter Entscheidungen, die in einer sofortigen (selbstanwendenden) Erweiterung oder «Hinzufügung» der in dem als teilverfassungswidrig erklärten Rechtssatz enthaltene Regelung zum Ausdruck kommt, oder sogar in ihrer Ersetzung durch eine andere Regelung. Deshalb hebt die italienische Doktrin die «hinzufügenden» (als Folge der Verfassungswidrigkeitserklärung eines Rechtssatzes «in dem Teil, in dem» er eine «Ausnahme» oder eine «Bedingung» festsetzt, oder «nicht» eine bestimmte Situation «vorsieht») und die «ersetzenden» (als Folge der Verfassungswidrigkeitserklärung eines Rechtssatzes in dem Teil oder in dem Masse, in dem er eine bestimmte Regelung «statt» einer anderer festsetzt) Urteile hervor. Auch in dem spanischen und dem portugiesischen Bericht gibt es Beispiele «hinzufügenden» Entscheidungen.

Diese Hervorhebung ist begründet, denn es ist im Hinblick auf diesen — zusammen mit anderen oft als «manipulierend» bezeichnet — Entscheidungen, dass die Problematik der Legitimität der Entscheidungen mit einem «verändern» Effekt auf die Rechtsordnung voll offenbar wird, und dass die entsprechende Diskussion sich ausgelöst hat. Eingehend beschäftigt sich der italienische Bericht mit dieser Diskussion, wobei er allerdings zum Schluss kommt, dass solche Entscheidungen heute überhaupt zugelassen sind und dass die eigentliche Frage bei den Grenzen dieser Zulässigkeit liegt. Dazu wird es hervorgehoben, dass die fraglichen Entscheidungen nicht «wirklich schöpferinnen neues Rechts auf demselben Ebene wie die gesetzgeberische Funktion» sein können, sondern

sich «darauf beschränken müssen, die schon in der Rechtssystem enthaltene Norm zu individualisieren» (es handelt sich also um *a rime obligate* Entscheidungen und nicht um Entscheidungen, bei denen das Gericht ein demjenigen des Gesetzgebers vergleichbaren Gestaltungsspielraum hat), Deshalb werden sie immer zulässig sein, «wenn es sich im Zusammenhang mit der gegenwärtigen Situation der Rechtsordnung um die einzige Möglichkeit handelt, um die Verfassung im strittigen Punkt zu bestätigen»; immer wenn anstatt dessen «mehrere Möglichkeiten bestehen und die Wahl zwischen ihnen politische Optionen beinhaltet», handelt es sich nicht um eine Frage von Verfassungslegitimität.

3. Verbindlichkeit der Entscheidungen

3.1 Die hauptsächlichste Unterscheidung, die sich hier feststellen lässt, besteht zwischen den Entscheidungen mit *auf den Fall beschränkter Wirkung* und den mit *erga omnes*-Wirkung (allgemeinen Bindungswirkung). Sie betrifft den unterschiedlichen Umfang der Verbindlichkeit des «Entscheidungsstenors» (die Beurteilung der Verfassungswidrigkeit bzw. die gegenteilige Beurteilung oder die entsprechende «Erklärung») und die Wirkungen, die er unmittelbar (oder nicht) auf die Rechtsordnung (als die Gesamtheit der entsprechenden Normen) hat.

Im Prinzip hat die Unterscheidungslinie einerseits mit der «Prozessart» und der «Struktur» der Entscheidung und andererseits mit ihrem «Inhalt» zu tun. Ihre Begründung und Erklärung ergeben sich somit aus dem, was oben (2. und 2.1) gesagt wurde.

a) Somit haben die Entscheidungen, die in «diffuser» Kontrolle der Verfassungsmässigkeit ergehen (in Ausübung einer generellen Kompetenz zur *judicial review*), im allgemeinen natürlich eine *auf den Fall beschränkte Wirksamkeit*. Eine Ausnahme stellen die Urteile der irischen Gerichte dar (vor allem des Supreme Court und des High Court), in denen eine «Erklärung» der Verfassungswidrigkeit abgegeben wird. Die gleiche beschränkte Wirksamkeit entfalten ausserdem bestimmte Entscheidungen der Verfassungsgerichte, denen im Grunde eine einfache «Inzidentprüfung» der Verfassungsmässigkeit entspricht (z. B. in Verfahren der Verfassungsbeschwerde).

b) Bei unmittelbare Entscheidungen über die Frage der Verfassungsmässigkeit von Rechtsnormen, die im Wege der «konzentrierten» Kontrolle ergehen,

muss dagegen unterschieden werden, ob sie im Sinne der Verfassungswidrigkeit oder im gegenteiligen Sinne sind, und ob sie eine entsprechende «Erklärung» beinhalten oder nicht.

In bezug auf erstere, kann man — abgesehen von einigen Einschränkungen — sagen dass sie *Allgemeinverbindlichkeit* entfalten («erga omnes»), da sie im Prinzip eine formelle «Erklärung» der Verfassungswidrigkeit enthalten. Bei den Entscheidungen des portugiesischen Verfassungsgerichtes und des belgischen Schiedsgerichtes in «konkreter Kontrolle» (Verfassungsmässigkeitsfrage) ist dies aber nicht der Fall, weshalb sie eine *auf den Fall beschränkte Wirksamkeit* haben (sie erwachsen in bezug auf die gestellte Frage in Rechtskraft, wobei sie nicht nur das vorinstanzliche bzw. vorliegende Gericht binden, sondern auch alle weiteren, die noch in den Ausgangsverfahren einbezogen werden können. Andererseits haben die Entscheidungen in «abstrakter Kontrolle» der polnischen und jugoslawischen Verfassungsgerichte eine allgemeine «kassatorische» Wirkung der Norm nur unter den Voraussetzungen und Bedingungen, die oben unter 2.1 erwähnt wurden.

Was nun die sich nicht für die Verfassungswidrigkeit aussprechenden Entscheidungen angeht, ist die vorherrschende Tendenz, dass sie keinerlei formelle «Erklärung» der Verfassungsmässigkeit oder der Nicht-Verfassungswidrigkeit beinhalten, sondern sich darauf beschränken, die Begründetheit des Antrags oder die geltende gemachte Frage der Verfassungsmässigkeit zu verneinen, womit natürlich keine «Allgemeinverbindlichkeit» entsteht. Wenn es sich um Entscheidungen handelt, die in «konkreter» Kontrolle ergehen, haben sie daher eine *auf den Fall beschränkte Wirksamkeit* (in Italien, auf den Richter *a quo*); wenn sie dagegen in «abstrakter» Kontrolle ergehen, kann man sagen, dass sie *keinen präklusiven Effekt* zur Folge haben. Es bestehen aber gewichtige Abweichungen und Abschwächungen von der vorherrschenden Tendenz, worauf anschliessend kurz eingegangen wird.

So «erklärt» z.B. in Deutschland das Bundesverfassungsgericht in einem solchen Fall die Verfassungsvereinbarkeit der überprüften Norm, wobei diese Erklärung prozessual die gleiche Wirkung wie eine Verfassungswidrigkeitserklärung hat; ähnliches geschieht in Polen, wo die «Erklärung» der Verfassungsmässigkeit den Wert einer «allgemeinverbindlichen verfassungsfreundlichen Auslegung» hat; in Österreich haben die fraglichen Entscheidungen bezüglich der geprüften Verfassungsmässigkeitsfragen allgemeine Wirkung (in dem sie in der entsprechendem Begründung Rechtskraft herbeiführen); in Spanien sieht das Gesetz vor,

dass die abweisende Entscheidungen zu einem «präklusiven Effekt» der Überprüfung derselben Frage der Verfassungsmässigkeit führen, wobei aber die Reichweite der Bestimmung (bezüglich der Situationen, auf die sie Anwendung findet) in der Rechtsprechung noch nicht geklärt ist; in der Türkei beinhalten die zurückweisenden Entscheidungen im Rahmen der konkreten Kontrolle eine Beurteilung im Sinne der «Verfassungsvereinbarkeit», was die Wiederaufnahme der Frage während 10 Jahren ausschliesst; in Belgien schliesslich sind die zu zurückweisenden Entscheidungen eines «Verfassungsrechtsmittels» (abstrakte Kontrolle) für alle Gerichte bezüglich der entschiedenen Frage verbindlich.

c) Die Überlegungen des vorangegangenen Absatzes beziehen sich in erster Linie auf Entscheidungen die in «nachträglicher» Kontrolle ergehen, aber im Prinzip — *mutatis mutandis* — sind sie auch auf die Entscheidungen in «präventiver» Kontrolle anwendbar, sofern eine solche vorgesehen ist (siehe oben, 1.2. a). In verschiedenen nationalen Berichten wurde diese Frage jedoch nicht speziell berücksichtigt, wohl aber im portugiesischen, französischen und irischen.

In diesen drei Berichten ist besonders hervorzuheben, dass Entscheidungen in präventiver Kontrolle, die *nicht zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit* kommen, in Portugal eine ganz andere Bedeutung haben, als in den beiden anderen Ländern: In Portugal bewirken solche Entscheidungen keinerlei präklusiven Effekt mit Bezug auf die spätere Überprüfung der Norm; in Frankreich und Irland andererseits haben sie die Wirkung, die «Verfassungsvereinbarkeit» «erga omnes» zu bestätigen (in Irland sieht dies ein Rechtssatz der Verfassung ausdrücklich vor, in Frankreich steht dies ohnehin in Einklang mit dem traditionellen Prinzip einer Ablehnung der *judicial review* der Gesetze).

Wenn man andererseits bezüglich der *Entscheidungen der Verfassungswidrigkeit* von einer «allgemeinen Wirksamkeit» sprechen kann, muss doch gesagt werden, dass ihrer spezifische und sofortige Wirkung gegen das für die Verkündigung der Norm zuständige Organ gerichtet ist, so dass dieses daher verpflichtet ist, sein Veto auszusprechen. Diesbezüglich gibt es allerdings einige Unterschiede zwischen dem französischen und dem portugiesischen System. Hinzugefügt sei, dass sich in Portugal das Parlament mit einem qualifizierten Mehrheitsbeschluss über eine Entscheidung des Verfassungsgerichts hinwegsetzen kann.

3.2 Ausser dem bisher gesagt gibt die rechtsvergleichende «Qualifikation» der Wirkungen der richterlichen Entscheidungen bei der normativen Kontrolle

zu nicht geringen Schwierigkeiten und offenen Fragen Anlass. Wir könnten uns vorstellen, dass sich dieses Thema für eine Erörterung in der Debatte anbieten würde. In den kurzen nachfolgenden Anmerkungen betrachten wir ausschliesslich die Entscheidungen, die von den *spezifischen Kontrollorganen* der Verfassungsmässigkeit ergehen und die diese Kontrolle *unmittelbar* zur Aufgabe haben (siehe oben, 2.)

a) Der einzig sichere Anhaltspunkt bezüglich der *Rechtskraft* ist, dass die fraglichen Entscheidungen *formell* in Rechtskraft erwachsen oder eine gleichgertete Wirksamkeit erlangen: Es sind dies «Endentscheidungen», gegen die kein Rechtsmittel gegeben ist, und «die die Möglichkeit einer erneuten Überprüfung der von ihnen ausgelöster Frage im gleichen Verfahren ausschliessen» (wie es im portugiesischen Bericht heisst). Aber auch hier besteht noch die eine oder andere Ausnahme oder Besonderheit.

Wenn jedoch die Verfassungsgerichte der jugoslawischen Republiken und Provinzen eine Vorlage an das Verfassungsgericht Jugoslawiens richten, damit dieses eine von ihnen nicht gutgeheissenen Verfassungsmässigkeitsfrage nochmals überprüfe, dann dürfte dies noch nicht als Ausnahmefall gelten. Denn diese Vorlage entspricht ausschliesslich ja einer «parallelen Zuständigkeit» dieser Gerichte, wobei gesagt ist, dass ihre Kontrollmassstäbe verschieden sind (hauptsächlich das Recht der Republiken und Provinzen und das Bundesrecht). Im polnischen Recht dagegen finden wir eine Ausnahme, da dieses die Möglichkeit einer «Revision» einer Verfassungswidrigkeitserklärung von Normen unter Gesetzesrang zulässt. Auch im portugiesischen Recht stellt sich eine «Besonderheit», und zwar die schon erwähnte Möglichkeit, dass das Parlament mit qualifizierter Mehrheit eine von ihm beschlossene Norm «bestätigen» kann, die vorher vom Verfassungsgericht in präventiver Kontrolle als verfassungswidrig erklärt worden war: Es steht dann dem Präsidenten zu, den fraglichen Text zu verkünden, oder im Falle eines völkerrechtlichen internationalen Vertrages ihn zu ratifizieren, oder nicht.

Was dagegen die *materielle* Rechtskraft angeht, so zeichnen sich die nationalen Berichte durch starke Abweichungen aus, die anscheinend als Ausdruck eines nicht einheitlichen Verständnisses dieses Begriffes und seiner Reichweite gesehen werden können. So bezeichnet man in Österreich und Belgien mit diesem Begriff die «*erga omnes*» Wirkungen der Entscheidungen (mit «allgemeiner Wirksamkeit» oder «absolute» Rechtskraft). In Frankreich misst man den Entscheidungen des Verfassungsrates «eine der Rechtskraft vergleichbare

Autorität» zu (die auf die Begründung ausdehnbar ist). In der Bundesrepublik Deutschland unterscheidet man die allgemeine Bindungswirkung von der Rechtskraftwirkung (beschränkt auf den «Entscheidungstenor»); in der Schweiz dagegen lehnt man materielle Rechtskraftwirkung ab (wenigstens im rein «objektiven» Sinn verstanden), selbst bei Entscheidungen in abstrakter Kontrolle und mit «erga omnes»-Wirksamkeit; und das gleiche entnehmen wir aus den Berichten Italiens und Spaniens, wo angezweifelt wird, ob der fragliche Prozessbegriff der normative Kontrolle zutrifft.

b) In einigen Rechtsordnungen wird die «erga omnes»-Wirkung als *Gesetzeskraft* angesehen. So z. B. in der Bundesrepublik Deutschland (wie es ausdrücklich in dem Verfassungsgerichtsgesetz bestimmt ist) und in Italien (in Übereinstimmung mit der vorherrschenden Lehre, die den Gutheissungsentscheidungen den Wert von «Rechtsquellen» beimisst, selbst wenn sie bloss annullierende Wirkungen entfalten). In der Tat muss den «kassatorischen» Entscheidungen der Verfassungsrechtsprechung diese Tragweite, wenigstens im negativen Sinn, beigegeben werden.

c) In einigen Rechtsordnungen wird auch ausdrücklich vorgeschrieben, dass die Entscheidungen des Verfassungsgerichtes oder eines vergleichbaren Organs für alle öffentliche Gewalten, Behörden und Stellen (sowie für private Stellen) oder für die übrigen Verfassungsorgane des Staates und für alle Gerichte und Behörde bindend sind: vgl. in verschiedenen Formeln den deutschen, spanischen, französischen, portugiesischen und türkischen Bericht. Es stellt sich somit das Problem einer speziellen *allgemeinen Bindung* aller Entscheidungen, die über die spezifische Wirkungen oder die Wirksamkeit («erga omnes», Rechtskraft, präklusiver Effekt) hinausgeht, die man für jeden Typ bzw. Kategorie speziell festlegen sollte.

Worin nun diese andere Art der Wirksamkeit der Entscheidungen des Verfassungsgerichtes besteht und ob sich diese wirklich von den spezifischen Wirkungen jedes Entscheidungstypus unterscheidet, ist nicht leicht festzustellen. Der deutsche Bericht meint, dass eine solche Wirksamkeit sich nicht allein auf den «Tenor» der Entscheidungen bezieht, sondern auch auf ihre «bestimmenden Gründe» (*ratio decidendi*). Im spanischen Bericht (wo das Thema ausführlich behandelt wird), schreibt man diese Wirksamkeit der «institutionellen Inzidenz» der Entscheidungen des Gerichtes bezüglich der übrigen Staatsorgane und seiner von ihm beanspruchten Aufgabe zu, eine «Verfassungsdoktrin» festzulegen (was

offensichtlich eine Beachtung der «Entscheidungsgründen» erfordert). Im Grunde stehen wir etwa vor einer qualifizierten *Präcedenzwirkung*, die den Entscheidungen der Verfassungsgerichte zuerkannt wird (in diesem Zusammenhang hegt jedoch der portugiesische Bericht ziemliche Zweifel; unterdessen spricht auch der schweizer Bericht von einer «präjudiziellen Wirksamkeit» der Entscheidungen des Bundesgerichts).

Ein besonderer aber äusserst wichtiger Aspekt dieser «allgemeinen Bindungswirkung» der Entscheidungen der Verfassungsgerichte besteht in der Frage, wie weit sie sich auf *den Gesetzgeber* selbst auswirkt (hierbei handelt es sich um die Entscheidungen der Verfassungswidrigkeitserklärung).

In den Berichten, die sich ausdrücklich auf diesen Punkt beziehen, finden wir ebenfalls Unterschiede. So lehnt der österreichische Bericht jene «Bindung» des Gesetzgebers an die Entscheidungen des Verfassungsgerichtes klar ab (ausgenommen ist der Fall eines klaren «Missbrauchs der gesetzgeberischen Gewalt» mit dem Ziel, solche Entscheidungen a priori zu «vereiteln»), wohingegen diese Bindung im deutschen Bericht (nach welchem sie gerade ein Aspekt der «allgemeinen Bindungswirkung» der Entscheidungen sein soll) und im italienischen Bericht (nach dem die schlichte Wiedergabe einer als verfassungswidrig erklärten Norm sofort das Verfassungsprinzip der «kassatorischen» Wirksamkeit der «Gutheisungsentscheidungen» verletzt) auch klar bejaht wird. In der türkischen Verfassung andererseits ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Entscheidungen des Verfassungsgerichtes sogleich schon für die gesetzgebenden Organe verbindlich sind, wobei im entsprechenden Bericht hervorgehoben wird, dass die Entscheidungen den Wert einer «Richtungsangabe für das Parlament» haben.

Festgehalten sei jedoch, dass diese «Bindung» des Gesetzgebers — wo eine anerkannt ist — nicht ohne den Vorbehalt einer Änderung der Umstände (oder einer allgemeinen grundsätzlichen Änderung des betreffenden Instituts oder auch des normativen Zusammenhangs, worauf der italienische Bericht hinweist) verstanden werden kann, welche die Tragweite der Norm und ihrer Bewertung an der Verfassung modifizieren kann (in diesem Zusammenhang siehe auch den schweizerischen und spanischen Bericht).

3.3 Schliesslich soll noch auf die Frage der *Bindung der Organe de Verfassungsrechtsprechung* an ihre eigenen Entscheidungen eingegangen werden. Es ist wohl allgemeine Meinung, dass die Entscheidungen keine obligatorischen Präzedenzfälle für diese Organe darstellen. Lediglich die aus der Rechtskraft erfliegende

«Bindung» ist die einzige, die hier in Frage kommen könnte — und selbst sie wird nur im österreichischen und deutschen Bericht erwähnt. Ausser diesem Fall fühlen sich die Verfassungsgerichte in keiner Weise verpflichtet, sich strikt an die Richtung zu halten, die sie einmal angenommen haben. Vielmehr nehmen sie ohne Ausnahme die Möglichkeit an, auf Grund einer Veränderung der Umstände (sozialer, wirtschaftlicher oder technischer Art), einer Änderung des einfachen Rechts, einer Weiterentwicklung des rechtsethischen Bewusstseins (die neue Wertvorstellungen schafft) oder sogar einfach in Folge einer neuüberdachten Argumentation ihre frühere Auffassung zu «revidieren».

Wenn dem so ist, muss aber gesagt werden, dass es auch übereinstimmend hervorgehoben wird, dass die Verfassungsgerichte nur mit grosser Zurückhaltung und Vorsicht eine Änderung ihre früheren Auffassungen vornehmen. In der Tat wird eine solche Überprüfung nicht leichtin ins Auge gefasst. Vielmehr stellen die «Präzedenzfälle» einen Faktor erster Ordnung für die Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung, besonders im Rahmen einer bemerkenswerten Bemühung um «Entscheidungskohärenz», dar.

4. Zeitliche Entscheidungswirkungen

Das Problem muss mit Blick auf die kassatorische die Verfassungswidrigkeit erklärende Entscheidungen gesehen werden, d.h. die Entscheidungen der Verfassungswidrigkeit, die in nachträglicher Kontrolle ergehen und die ihre Wirkung *erga omnes* entfalten. Es gilt herauszufinden, ab wann die Erklärung der Verfassungswidrigkeit eine Aufhebung der Norm bewirkt und welches die Wirkungen sind, die dies in bezug auf die geschaffene Situation und auf die Rechtsakte (insbesondere Verwaltungsakte und Gerichtsentscheidungen), die aufgrund der als verfassungswidrig erklärte Norm ergangen sind, mit sich bringt. Das Problem stellt sich deshalb weder im Bereich der mit einer auf den Fall beschränkten Wirksamkeit Normenkontrolle noch im Bereich der Präventivkontrolle und auch nicht auf die Entscheidungen der nachträgliche Kontrolle, die die Verfassungswidrigkeit nicht aussprechen, selbst wenn sie eine allgemeinerklärende oder präklusive Wirkung besitzen.

4.1 — 4.2 Der Grundfrage besteht darin, ob die Erklärung der Verfassungswidrigkeit Wirkungen *ex tunc* hat (so dass sie ihre Wirkung seit dem Inkrafttreten

der Norm bzw.—falls es sich um eine vorkonstitutionelle Norm handelt—der Verfassung entfaltet (ober bloss *ex nunc*, wobei die Wirkungen mit der Veröffentlichung der Entscheidung beginnen). Im ersten Fall führt die Entscheidung der Verfassungswidrigkeit zur *Ungültigkeit* der Norm, im zweiten bloss zu einer *aufhebenden* Wirkung.

Die verschiedenen Rechtsordnungen sind sich in diesem Punkt nicht einig. In einigen von ihnen — so dem österreichischen, schweizerischen, türkischen und polnischen — wird den Entscheidungen der Verfassungswidrigkeit im Prinzip bloss «aufhebende» Wirkung oder *ex nunc*-Wirkung zugesprochen; bei den übrigen erkennt man aber im allgemeinen diesen Entscheidungen «ungültig machende» oder *ex tunc*-Wirksamkeit zu. In einigen Rechtsordnungen der zweiten Gruppe findet sich diese Wirksamkeit ausdrücklich in der Verfassung oder im Gesetz vorgesehen (so in der Bundesrepublik Deutschland und in Portugal), in Italien dagegen war seine Anerkennung das Ergebnis der Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung, welche von einer Formulierung in der Verfassung ausging, die *prima facie* eine bloss «aufhebende» Wirkung nahelegen schien. In Spanien andererseits gibt es noch Zweifel über die Charakterisierung der Wirkung der fraglichen Entscheidungen, obwohl es ausdrücklich bestimmt wird, dass die Entscheidungen der Verfassungswidrigkeit die «Nichtigkeitserklärung» der Rechtssätze einbeziehen.

Wichtiger und bedeutender als die genaue begriffliche Qualifizierung der Wirksamkeit der Entscheidungen der Verfassungswidrigkeit ist gewiss die Tatsache, dass sich aus dieser Qualifizierung nicht alle Konsequenzen ziehen lassen, die theoretisch möglich sind — nämlich in bezug auf die Fortentwicklung der Situationen und der Handlungen, die aufgrund der als verfassungswidrig erklärte Norm geschaffen bzw.vorgenommen wurden. Allgemein wird es zwar anerkannt, dass es unausweichliche Erfordernisse der Justiz oder der Rechtssicherheit gibt, die eine Erweiterung der bloss aufhebenden Wirkung der Entscheidungen oder vor allem die Beschränkung ihrer potentiellen «Rückwirkungen» verlangen.

Mit Bezug auf die Rechtsordnungen, die der Verfassungswidrigkeitserklärung im Prinzip bloss Wirksamkeit *ex nunc* zusprechen, muss somit gesagt werden, dass sich in Österreich eine solche Erklärung auf den konkreten Fall, der Anlass zur Überprüfung gegeben hat, ausweitet (wobei das österreichische Verfassungsgericht dem Begriff des *Anlassfalls* einen recht weiten Sinn gibt), und dass das Verfassungsgericht das (allerdings recht selten genützte) Recht hat zu bestimmen, dass die Verfassungswidrigkeitserklärung eine radikalere Wirkung entfalten

müsse. In der Türkei ihrerseits erstreckt sich die Wirkung der Verfassungswidrigkeit auf die laufenden Prozesse und auf die verurteilende Strafentscheidungen (selbst wenn sie schon in Rechtskraft erwachsen sind).

Bezüglich der Rechtsordnungen andererseits, in denen das Prinzip der *ex tunc*-Wirksamkeit gilt, ist dieser fast ausnahmslos eine erste Grenze durch die in Rechtskraft erwachsenen Urteile gesetzt, ausser bei Strafe oder anderen Sanktionen aussprechenden Urteilen (die sich auf eine benachteiligende Strafnorm stützen). (Eine Ausnahme macht Belgien, wo ein besonders ausgestaltetes «Revisionsverfahren» bei Urteilen, die in Rechtskraft erwachsen sind, zugelassen ist). Auf der gleichen Ebene rechtskräftiger Urteile will man auch andere Situationen («erworbene Rechte», «erfühlte» Verpflichtungen) und endgültig bestandskräftige Akte (z. B. wegen Verjährung oder Ablauf der Rechtsmittelfrist) behandeln. (Indessem soll angemerkt werden, dass die Verfassungswidrigkeitserklärung in Deutschland und Jugoslawien eine Vollstreckung von rechts- oder bestandskräftigen aber noch nicht vollzogenen Urteilen und Akten ausschliesst). Andererseits sei noch auf die Auffassung hingewiesen, die heute in Italien herrschend vertreten wird, nach welcher man der Verfassungswidrigkeitserklärungen von «begünstigenden» Strafnormen blosser *ex nunc*-Wirksamkeit zuspricht.

Allerdings bestehen noch andere Begrenzungen der Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeit, sei es, dass diese nun *ex nunc* oder *ex tunc* ausgelöst wird. Besonders bemerkenswert ist die Tatsache, dass einzelne Rechtsordnungen dem entsprechenden Verfassungsgericht die Befugnis erteilen, die zeitlichen Wirkungen der Entscheidungen zu beschränken: so in Österreich, Liechtenstein, Belgien und Portugal.

4.3 In Rechtsordnungen, die den Verfassungswidrigkeitserklärungen im Prinzip eine blosser *ex nunc*-Wirksamkeit zusprechen, kann man auch sagen, dass die entsprechenden Entscheidungen eine (innerhalb der aufgezeigten Grenzen) nur Wirkung für die Zukunft (*pro futuro*) haben. Was aber die meisten Rechtsordnungen nicht vorsehen, ist, dass das Verfassungsgericht *eine Frist* für die Ausserkraftsetzung einer als verfassungswidrig erklärten Norm festsetzen kann.

Eine solche Möglichkeit wird auf jedem Fall in Österreich, Liechtenstein und der Türkei durch eine ausdrückliche Vorschrift angenommen, während das belgische Recht dem Schiedsgericht die Befugnis erteilt, die Wirkungen der Entscheidungen so zu gestalten, dass sie im Grunde zu einem (wenngleich nur teilweise) äquivalenten Ergebnis führen. Die übrigen Rechtsordnungen halten in

der Regel eine solche Möglichkeit für ausgeschlossen, und zwar aufgrund der Natur der Verfassungskontrolle und der entsprechenden Verfassungs- und Gesetzesregelung (dies ist, im Anschluss an die herrschende Meinung, auch in Portugal der Fall, trotz der Kompetenz zur Beschränkung der Wirksamkeit der Entscheidungen, über die das entsprechende Gericht verfügt).

Trotzdem haben die Gründe, die eventuell eine zeitliche Aufschiebung der Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung rechtfertigen können (und die *grosso modo* mit der Sorge zu tun haben, ein «Gesetzesvakuum» und die damit verbundenen rechtlichen und institutionellen Schwierigkeiten zu vermeiden) ihre Auswirkungen auf die Praxis einiger Gerichte und auf ihre «Entscheidungstechniken», Techniken durch die man zu einem ähnlichen Ergebnis kommt. Dies gilt vor allem für die «Appellentscheidungen» oder die Entscheidungen der blossen «Feststellung der Verfassungswidrigkeit» des deutschen Verfassungsgerichts. Auf der gleichen Linie liegt aber auch der von dem italienischen Gericht gelegentlich angewandte Ausweg, die Veröffentlichung einer Entscheidung hinauszuschieben.

4.4 Eine spezifische mit dem Problem der zeitlichen Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung «*erga omnes*» eng verbundene Frage ist die nach dem «Wiederaufleben» der Norm oder der Regelung, die durch die als verfassungswidrig erklärte Norm aufgehoben wurde.

Die Frage wird in der portugiesischen und österreichischen Verfassung ausdrücklich berücksichtigt, wobei in beiden die Regel angestellt wird, dass die Verfassungswidrigkeitserklärung zu dem erwähnten «Wiederaufleben» führt. Den entsprechenden Verfassungsgerichten ist dabei aber die Befugnis zugesprochen, diese Wirkung auszuschliessen (in Österreich besteht hierfür eine ausdrückliche Verfassungsbestimmung, von welcher in den meisten Fällen Gebrauch gemacht wird; in Portugal geschieht dies im Rahmen der allgemeinen Kompetenz zur Beschränkung der Wirkungen der Entscheidungen).

Auch die Berichte Italiens, Spaniens und der Türkei schneiden diese Frage an, und es ist ihnen zu entnehmen, dass das genannte Problem in den betreffenden Rechtsordnungen noch nicht gelöst ist. Im italienischen und türkischen Bericht ist allerdings die Rede von Entscheidungen, die offenbar zu einem Wiederaufleben der alten Norm führten und es wird festgehalten, dass die Lehre zu der Meinung neigt, diese Wirkung trete im Falle der Verfassungswidrigkeitserklärung einer ausdrücklich aufhebenden Klausel automatisch ein. Im spanischen

Bericht heisst es, dass die Frage mit der Anwendung der (gesetzlichen) Regel noch nicht beantwortet sei, wonach die Aufhebung des Gesetzes nicht zu einem Wiederaufleben der vorhergehenden Norm führt (weil es sich nicht um eine «Aufhebung», sondern um eine Nichtigerklärung handelt).

5. Die Befugnisse der verfassungsrechtsprechenden Organe bei der Bestimmung des Inhalts und der Wirkungen ihrer Entscheidungen (*schlussfolgernde Synthese*).

a) Verfassungsrechtliche, bzw. gesetzliche Vorbestimmtheit und gerichtliche Autonomie.

Aus dem in dem vorangegangenen rechtsvergleichenden Bericht Gesagten, kann als Schlussfolgerung entnommen werden, dass der Umfang der Befugnisse der verfassungsrechtsprechenden Organe — vor allem der Verfassungsgerichte und der vergleichbaren Institutionen —, obwohl er in weitem und grundlegendem Ausmass durch Verfassung und Gesetz der jeweiligen Rechtsordnung bestimmt ist, letztlich doch in seiner genauen Abgrenzung und Bestimmung auch von der Rechtsprechung dieser Organe selbst, von der Auffassung, die sie von ihrer eigenen Funktion haben, und von ihrer Auslegung der entsprechenden verfassungsrechtlichen bzw. gesetzlichen Normen in beträchtlichem Mass bedingt wird. Kurz gesagt: Verfassungsrechtliche und gesetzliche Vorbestimmtheit und Autonomie der Gerichte ergänzen sich hier gegenseitig mit unterschiedlicher Akzentsetzung.

In bezug auf die *Zuständigkeit* der Verfassungsgerichte und die zu diesen Instanzen Zugang vermittelnden *Verfahrensarten* kann man grundsätzlich sagen, dass ein striktes Prinzip der verfassungs- bzw. gesetzlichen Regelung gilt, so dass diese Organe hier höchstens jenes Mass auslegender Freiheit besitzen, die jeder Rechtsanwendung eigen ist. Deshalb ist insbesondere in bezug auf den ersten Aspekt der Kreis der ihrer Kontrolle unterworfenen Normen durch die Verfassung und das Gesetz festgelegt; und ebenso sehen deshalb auf einer anderen Ebene auch die europäischen Verfassungsgerichte ihre Zuständigkeit als eine verbindliche Wahrnehmung an, die nicht durch eine Berufung auf die bekannte amerikanische Lehre der «political question» vermieden werden kann (hierzu s. die Berichte Deutschlands und Österreichs).

In der Regel steht es auch den Verfassungsgerichten nicht die Art der *Wirksamkeit* ihrer Entscheidungen, den *Grad ihrer Bindungswirkung* und ihre *zeitliche Auswirkungen* zu bestimmen. Aber diesbezüglich öffnet sich nicht nur in einigen Rechtsordnungen ein Spielraum für eine differenzierendere Rechtsprechung (siehe deutschen Bericht), sondern insbesondere auch wird in verschiedenen von ihnen ausdrücklich diesen Instanzen das Recht zuerkannt, die Wirkungen der Entscheidungen in einer Form zu gestalten, die von der im Prinzip vom Gesetz vorgesehen abweicht.

Der Bereich jedoch, in dem sich die Kreativität und die «Autonomie» der Verfassungsrechtsprechung am deutlichsten zeigt, ist der des *Inhalts* der entsprechenden Entscheidungen. Hierbei genügt es an die Vielgestaltigkeit und die allmähliche Abstufung der «vermittelnden» Arten der Entscheidungen, wie sie oben beschrieben wurden, zu erinnern und zu unterstreichen, dass sie alle von der Rechtsprechung selbst (zumindest am Anfang) geschaffen wurden.

b) Umfang, Grenzen und Bedeutung der Befugnisse gegenüber:

b.1) der gesetzgebenden Gewalt,

Es ist bekannt, dass die Hauptfunktion der Organe der Verfassungsrechtsprechung — nämlich die Verfassungsmässigkeit der Gesetze zu gewährleisten — zugleich deren härteste und heikelste ist. Es stehen sich hierbei die (verfassungsrechtlich verankert) Legitimität ihrer Kontrollbefugnis und ihrer Zuständigkeit zur endgültigen Festlegung des Sinns und der Tragweite der Verfassung und die gestaltende Freiheit des Gesetzgebers gegenüber, die ebenfalls von der Verfassung gewährleistet und demokratisch legitimiert ist. Das Spannungsverhältnis zwischen den beiden Legitimitäten ist unvermeidlich und die präzisen Grenzen sind im vornherein niemals leicht zu ziehen. Es handelt sich hierbei um ein klassisches, um nicht zu sagen, *das* klassische Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihrer Lehre.

Verschiedene nationale Berichte sprechen von dieser «Spannung», eine Spannung die, wie der schweizer Bericht hervorhebt, heute noch «erschwert» in Erscheinung tritt, insbesondere wegen der Verstärkung und Zunahme der leitenden «dirigierenden» Funktion des Gesetzes, wie sie sich heute — im gegenwärtigen politisch-verfassungsrechtlichen Zusammenhang — auf praktisch alle Bereiche des sozialen Lebens ausgeweitet hat.

Diese «Spannung» drückt sich vorzugsweise in der Problematik des «Inhalts» der Entscheidungen der Organe der Verfassungsrechtsprechung und besonders der Zulässigkeit und der Grenzen der «vermittelnden Entscheidungen», die oben aufgezeigt wurden, aus. Unter Berücksichtigung der verschiedenen Berichte kann man diesbezüglich die nachstehenden grundlegenden Schlussfolgerungen ziehen:

- Den Verfassungsgerichten steht im wesentlichen eine *negative* Funktion zu, die an die Verfassung *gebunden* ist, und von Natur aus von der «gestaltenden» Funktion des Gesetzgebers verschieden ist. In diesem Zusammenhang steht ihnen jedoch die unabweisliche Pflicht zu, die Verfassungswerte und -prinzipien in der Rechtsordnung zu verwirklichen.
- Aus diesem «negativen» Charakter ihrer Funktion folgt, dass die Zuständigkeit für die gerichtlichen Kontrolle der Verfassungsmässigkeit bestimmte *funktionelle Grenzen* hat, die auf den Grundgedanken zurückzuführen sind, dass es den Verfassungsgerichten nicht zusteht, politische «Wertentscheidungen» zu treffen. Deshalb gilt weiterhin, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zu einer mehr oder minder verdeckten Etablierung einer nicht wünschenswerten «Regierung der Richter» (*gouvernement des juges*) führen soll.
- Die erwähnten «funktionellen» Grenzen und die Sorge, die gestaltende Freiheit des Gesetzgebers zu bewahren, liegen der bei bestimmten Arten ihrer Entscheidungen gezeigte besondere Zurückhaltung der Verfassungsgerichte (oder einigen von ihnen) zugrunde. Dies verhindert aber nicht, dass die Entscheidungen der Verfassungsgerichte sich mit mehr oder weniger grosser Häufigkeit nicht strikt auf eine «kassatorische» Wirkung beschränken, sondern zu einem «Änderungseffekt» der Rechtsordnung führen; doch handelt es sich hierbei um einen «mittelbaren» Effekt, der sich im Rahmen der Bindung des Rechtssystems an der Verfassung auftritt, und nicht um eine autonome «Rechtsschöpfung».

b.2) gegenüber den Gerichten im allgemeinen

In den Verfassungsordnungen, in denen die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit nicht (oder nicht nur) den Gerichten im allgemeinen anvertraut, sondern (wenigstens in bezug auf die endgültige Entscheidung, und in seinem wichtigsten Teil) einem spezifischen Rechtsprechungsorgan vorbehalten ist, sind gewisse

Überlagerungen zwischen dem Zuständigkeitsbereich und der rechtsprechenden Tätigkeit der einen und des anderen ebenfalls unvermeidlich. Diese Überlagerungen treten hauptsächlich im Bereich der konkreten Kontrolle der Verfassungsmässigkeit auf, und da besonders mit Bezug auf die «Relevanz» der Verfassungsfrage und die «verfassungskonforme Auslegung».

Die Verfassungsgerichte sind hier gehalten, den Tätigkeitsbereich der anderen Gerichte zu achten, denen in erster Linie die Auslegung und die Anwendung des einfachen Rechts zusteht. Zum Ausgleich aber steht es ihnen zu, den *konstitutionellen Rahmen* jener Anwendung und Auslegung abzustecken und dafür zu sorgen, dass diese in Übereinstimmung mit den Prinzipien und Werten der Verfassung verläuft. Hierbei kann festgehalten werden, dass in allen Rechtsordnungen der Verfassungsrechtsprechung und der entsprechenden Lehre ein leitendes Gewicht und eine unbestrittene faktische Präzedenzbedeutung in zunehmendem Masse zuerkannt wird.

b.3) gegenüber den internationalen und supranationalen Gerichten

In den verschiedenen nationalen Berichten wird verständlicherweise nicht besonders ausführlich auf das «Verhältnis» der internen Organe der Verfassungsrechtsprechung und der internationalen und supranationalen Gerichten eingegangen.

Betrachtet man lediglich den Bereich des klassischen Völkerrechts, so handelt es sich in der Tat um Instanzen, die auf klar von einander abgegrenzten rechtlichen und institutionellen Gebieten tätig sind. Aber selbst hier sind theoretisch Berührungspunkte und Abweichungen möglich: Es genügt, an die eventuelle Zuständigkeit der Verfassungsgerichte für die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der völkerrechtlichen Verträge oder die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetzen auch am Massstab der allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts (oder selbst der Regeln des konventionellen Völkerrechts) zu erinnern.

Wenn man aber den Bereich des klassischen Völkerrechts verlässt und sich dem modernen Völkerrecht bezüglich der «Menschenrechte» einerseits oder dem Europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits zuwendet, so verändert sich die Lage der «Beziehungen» der nationalen Verfassungsgerichte gegenüber den auf diesen Gebieten tätigen supranationalen Gerichtsinstanzen doch bereits deutlich.

Besonders für die Staaten, die die *Europäische Menschenrechtskonvention* unterzeichnet haben und insbesondere die unmittelbare Anrufung der Kommission akzeptiert haben, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich Abweichungen zwischen den nationalen Gerichten und den Instanzen in Strassburg ergeben können, und zwar in bezug auf das Verständnis und den Sinn bestimmter Grundrechte oder selbst in bezug auf die Auslegung der Vorschriften der Konvention (besonders in Staaten, in denen diese Konvention den Wert von nationalem Recht hat und unmittelbar angewendet werden kann; hierzu sei auf den Bericht der Europäischen Menschenrechtskommission verwiesen). Noch handelt es sich zunächst allerdings um einem bloss «theoretischen» Fall. Eher kann auf einen beachtlichen Einfluss der Rechtsprechung der Kommission und des Europäischen Gerichtshofes auf verschiedene nationale Verfassungsgerichte verwiesen werden, wobei die Konvention bei einigen als Prüfungsmaßstab der Verfassungsmässigkeit gilt (s. besonders die Berichte Österreichs, der Schweiz und der Türkei).

Mit Bezug auf die Mitgliedstaaten der *Europäischen Gemeinschaft* soll auf die sehr spezifischen Probleme hingewiesen werden, vor die sich die entsprechenden Normenkontrollorgane hinsichtlich der Anwendung des «abgeleiteten Gemeinschaftsrechts» und seiner Eingliederung in die nationale Rechtsordnung gestellt sehen. Die Berichte Irlands, Deutschlands und Italiens nehmen auf diese Probleme Bezug, und zwar genau auf die drei Grundfragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen. Es geht dabei erstens um das von dem Grundsatz des Art. 177 des EWG Vertrags aufgeworfene Problem (Vorlage nationaler Gerichte an dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vorabentscheidung bestimmten Fragen der Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts und entsprechende Vorlagepflicht der höchsten nationalen Gerichte). Zweitens geht es in Verbindung mit diesem ersten Problem um die Frage der eventuellen Kontrolle der Verfassungsmässigkeit des sekundären Gemeinschaftsrechts («Folgerechts») durch die nationalen Gerichte. Schliesslich stellt sich die Frage des Vorrangs des «Folgerechts» über das nationale Recht und ihre Berücksichtigung als «Verfassungsfrage», d.h. als eine Frage der Zuständigkeit der Verfassungsgerichte.

Die Antworten, die sich in den erwähnten Berichten finden, — und es sind die einzigen — sind folgende: Das Oberste Gericht Irlands sieht sich an die «Vorlagepflicht zur Vorabentscheidung» des Art. 177 des EWG Vertrags gebunden. Das deutsche Gericht, das anfangs die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit des «Folgerechts» im Lichte der Grundrechte anerkannt hat, lässt diese Frage heute offen. Nach einer über mehrere Stufen führenden Rechtsprechungsentwicklung hält das italienische Verfassungsgericht heute die Frage der eventuelle Gegenüberstellung von nationalem Recht und sekundärem Gemeinschaftsrecht als Verfassungsfrage für «unzulässig».

VII Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes

**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 DE NORMES JURIDIQUES**

RAPPORT GENERAL

Rapporteur:

JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA

Juge à la Cour Constitutionnelle Portugaise

Lisbonne — Avril 1987

NOTE PRELIMINAIRE

Le présent rapport suit le schéma du questionnaire envoyé en temps opportun aux cours participantes et se limite donc aux thèmes y énoncés.

Ont servi de base à son élaboration les rapports présentés par les Cours et institutions suivantes: Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne, Cour Constitutionnelle d'Autriche, Cour d'Arbitrage et Cour de Cassation de Belgique, Cour Constitutionnelle d'Espagne, Conseil Constitutionnel de France, Cour Suprême de Finlande, Cour Suprême d'Irlande, Cour Constitutionnelle d'Italie, Cour Suprême des Pays-Bas, Cour Constitutionnelle de la République socialiste Fédérative de Yougoslavie, Cour d'Etat de la Principauté de Liechtenstein, Conseil d'Etat du Luxembourg, Cour Constitutionnelle de Pologne, Cour Constitutionnelle du Portugal, Cour Fédéral de Suisse, Cour Constitutionnelle de Turquie et Commission Européenne des Droits de l'Homme.

1. Introduction

1.1 *Les organes de la justice Constitutionnelle.*

Concernant les "organes de la justice Constitutionnelle", on constate, dans les divers ordres juridiques et juridico-Constitutionnels européens, une nette distinction entre ceux qui prévoient et ceux qui ne prévoient pas une institution juridictionnelle spécifique pour l'exercice de cette fonction, ou partie de celle-ci.

Parmi les premiers, on compte les ordres des pays dans lesquels est instituée une “Cour constitutionnelle” (Allemagne Fédérale, Autriche, Espagne, Italie, Yougoslavie, Pologne, Portugal et Turquie) ou une Cour similaire (Cour Fédérale suisse, Cour d’Etat du Liechtenstein), ordres auxquels il convient d’ajouter l’ordre français (ou il est de moins en moins contesté que le Conseil Constitutionnel statue comme un organe juridictionnel) et, plus récemment, l’ordre belge (depuis la création de la Cour d’Arbitrage).

Dans les autres ordres considérés, la “justice constitutionnelle” — dans sa dimension spécifique du contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques — est exercée, à des degrés variables, par la généralité des tribunaux (tribunaux ordinaires et administratifs). La plus ou moins large extension de cette compétence tient principalement à la possibilité de contrôler les lois au sens formel (lois parlementaires), possibilité exclue dans plusieurs ordres (*infra*, 1.3).

Dans les ordres possédant une Cour constitutionnelle, ou une institution similaire, la compétence des autres cours en matière de contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques n’est pas toujours, cependant, entièrement exclue. Comme idée générale, on peut retenir que, dans ces ordres, le contrôle des normes ayant force de loi est toujours réservé (au moins en dernier ressort) à ces cours; et que, par voie de conséquence, le contrôle des normes de valeur sous-légale ressortit (ou ressortit également), avec des moyens et suivant des procédures variables selon les divers ordres, aux tribunaux en général. Des indications plus précises sur ce sujet seront exposées plus bas (*infra*, 1.2 et 1.3).

Cependant, dans les ordres constitutionnels où n’existe pas de Cour constitutionnelle ou similaire, on trouve parfois certaines institutions spécifiques consacrées qui vérifient et contrôlent la constitutionnalité, pas toujours avec un caractère juridictionnel, lesquelles sont l’expression soit de la singularité de l’ordre constitutionnel respectif, soit des particularités de l’ordre juridique et institutionnel respectif. C’est le cas du Luxembourg, où il incombe au Conseil d’Etat d’examiner, également sous ce point de vue, tous les projets de loi et les propositions d’amendement présentés à la Chambre des Députés; le cas de la Finlande, où le président de la République et le “Conseil d’Etat” peuvent demander l’avis préalable de la Cour Suprême ou du Tribunal Administratif suprême avant la Présentation d’un projet au Parlement ou avant la promulgation par le Président de la République d’un acte de celui-là (pratique toutefois relativement rare), et où la Commission de droit constitutionnel du Parlement joue un rôle important dans l’interprétation de la Constitution et le contrôle de constitutionnalité (les positions

qu'elle prend sont revêtues d'une grande autorité de fait); et c'est le cas de l'Irlande, dont la Constitution accorde également au Président la faculté de demander l'avis de la Cour Suprême sur la constitutionnalité d'actes approuvés par le Parlement, avis qui a un caractère obligatoire (mais il s'agit d'une procédure également rarement utilisée). Par ailleurs, toujours en ce qui concerne le cas irlandais, il importe de noter que le contrôle de constitutionnalité exercé par les tribunaux en général, et en particulier par la Cour Suprême, en vient à assumer une nature et une force semblables à celles du contrôle effectué par une Cour constitutionnelle, en vertu du dispositif des décisions respectives sur la cause et de leur force de précédent (*infra*, 2.1 et 3).

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

a) Dans ce domaine, il convient d'établir une première distinction fondamentale entre le contrôle *préventif* (avant l'entrée en vigueur des normes juridiques) et le contrôle *a posteriori* (lorsque les normes sont déjà entrées dans l'ordre juridique).

En ce qui concerne les pays dont la justice constitutionnelle est institutionnalisée par une Cour constitutionnelle ou une institution similaire, la première modalité (contrôle préventif) est, en principe, la seule admise en France (sauf dans l'hypothèse prévue à l'article 37, alinéa c, de la Constitution): il s'agit du contrôle (obligatoire) des "lois organiques" et des "règlements" des assemblées parlementaires, et du contrôle (facultatif) des engagements internationaux et des lois parlementaires (à l'initiative du Président de la République, du Premier Ministre ou du Président de l'une ou l'autre assemblée, ou encore, concernant ces dernières, de soixante députés ou soixante sénateurs).

Au Portugal, en Autriche, en Italie et en Espagne, un contrôle préventif est également expressément consacré. Au Portugal, ce contrôle porte, sans aucun moyen particulier, sur tous les textes ayant valeur de loi ou assimilés (conventions internationales, lois, décrets-lois et décrets législatifs régionaux); l'Autriche, l'Italie et l'Espagne connaissent déjà un contrôle au domaine beaucoup plus limité, puisqu'il n'est admis que pour les questions de répartition des compétences entre la Fédération et les États fédérés (en Autriche); pour les lois régionales approuvées en nouvelle lecture par les assemblées respectives après l'opposition du Gouvernement (en Italie); ou pour les traités internationaux (en Espagne,

où a disparu, en 1985, la possibilité de contrôle préventif des statuts des “Communautés autonomes” et des “lois organiques”). Par ailleurs, en République Fédérale d'Allemagne également, la Cour Constitutionnelle en est venue à admettre, même sans texte formel, le contrôle préventif des lois de ratification des traités internationaux.

Il convient encore d'inclure dans le cadre du contrôle préventif les procédures spécifiques de vérification de la constitutionnalité auxquelles il est fait allusion à la fin du point précédent (*supra*, 1.1). Aux situations alors mentionnées, doit cependant être ajouté le cas de la Belgique, où le Conseil d'Etat est également appelé à émettre un avis préalable sur le texte des projets et propositions de loi et de décret, sans que rien ne s'oppose à ce que l'examen respectif s'étende à la question de la constitutionnalité.

Ainsi les cas admettant un contrôle préventif des normes juridiques ne sont-ils pas nombreux. Le contrôle *a posteriori* est plus généralisé — et surtout plus commun dans les systèmes connaissant une juridiction constitutionnelle institutionnalisée.

b) Concernant ce dernier contrôle, la distinction la plus couramment opérée concerne, d'une part, le contrôle *abstrait*, *direct* ou en *voie principale*, et, d'autre part, le contrôle *concret* ou *incident*: comme on le sait, le premier a lieu indépendamment de l'application de la norme à un cas, alors que le second intervient à l'occasion de cette application.

On peut dire que, dans les systèmes juridico-constitutionnels sans juridiction constitutionnelle institutionnalisée (c'est à dire sans Cour constitutionnelle ou équivalent), le contrôle *a posteriori*, dans la mesure où il est admis, est, par nature, un contrôle concret ou incident (*Nichterliches Prüfungsrecht*, *judicial review*) — abstraction faite de la possibilité que certains de ces systèmes reconnaissent le contrôle “direct” de normes infra-législatives, *maxime*, de règlements.

C'est dans les ordres possédant une juridiction constitutionnelle institutionnalisée que la distinction se manifeste véritablement, et l'on peut dire que dans presque tous les deux modalités de contrôle sont consacrées, bien que dans une mesure et avec une importance variables. Le cas de la Yougoslavie constitue une exception, car tout le contrôle semble devoir être «abstrait», quand bien même l'initiative du contrôle partirait d'un juge ou du Ministère public, dans le contexte d'un cas concret.

Nous laisserons pour l'instant de côté le cas français, déjà mentionné à l'alinéa précédent, et le cas suisse, que nous considérerons spécialement plus loin (*infra*, c.)]

En ce qui concerne le contrôle *abstrait*, il importe principalement de souligner que l'initiative de la procédure respective est habituellement réservée à des organes et à des *entités publiques* ou des *organismes sociaux* déterminés. Le droit yougoslave Constitue à nouveau une exception, et dans un double sens: d'une part, parce qu'il reconnaît la possibilité de saisine à tous les citoyens (action populaire), la soumettant toutefois à un jugement préalable de recevabilité prononcé par la Cour Constitutionnelle (jugement qui n'existe déjà plus lorsque l'initiative vient d'entités ou d'organes publics); d'autre part, parce qu'il admet l'initiative d'office des Cours Constitutionnelles elles-mêmes (celle de la R. S. F. de Yougoslavie et celles des Républiques fédérées et des Provinces).

Toujours en ce qui concerne le contrôle abstrait, on note que dans certains ordres est établi un *délai* dans lequel celui-là doit être requis, après quoi le contrôle des normes en question pourra seulement avoir lieu par une autre voie (*maxime*, du contrôle concret). Il en est ainsi en Italie (délais de 30 ou de 60 jours à compter de leur publication, pour la contestation par une Région de lois de la République ou d'une autre Région), en Espagne (trois mois à partir de la date de publication de la loi), en Turquie (10 ou 60 jours à compter de la date de promulgation, selon que l'irrégularité est ou non de nature formelle) et en Pologne (cinq années à compter de la date de publication ou de ratification du texte, selon les cas).

En ce qui concerne le contrôle *concret*, ou par voie *incidente*, celui-ci a lieu, dans la généralité des systèmes juridico-Constitutionnels possédant une juridiction Constitutionnelle institutionnalisée, à travers de mécanisme de la "question préjudicielle" de Constitutionnalité, qui est renvoyée par la Cour de la cause devant la Cour Constitutionnelle. Dans certains ordres (Autriche, Pologne), ce renvoi intervient quelle que soit la nature de la norme dont la Constitutionnalité (ou la légalité) est mise en cause; dans d'autres, il n'intervient que lorsque la norme remise en question est une loi ou un texte ayant force de loi ou assimilé (R. F. d'Allemagne, Italie, Espagne), ce qui permet de dire que l'intervention de la Cour Constitutionnelle, dans un tel cas, se justifie également par la "défense de la loi". Dans ce dernier type de situation, le contrôle concret de la Constitutionnalité des autres normes juridiques, notamment des normes de valeur infra-légale, est du ressort de la généralité des tribunaux.

Les conditions préalables pour le renvoi de la "question de la Constitutionnalité" devant la Cour Constitutionnelle coïncident pour une large mesure, dans les divers ordres, sur un point fondamental: celui de la pertinence de la norme

pour le cas soumis au jugement de la cour *a quo*, pertinence dont l'existence, pour le moins dans certains ordres, est contrôlée par la Cour constitutionnelle elle-même (ainsi en Italie, en Espagne, en Turquie; et, de manière similaire en Autriche, mais dans les limites d'un "contrôle d'évidence"). Toutefois, une importante différence subsiste entre le régime adopté en République Fédérale d'Allemagne et dans les autres ordres mentionnés plus haut: alors que dans ces derniers le renvoi devant la Cour constitutionnelle a lieu dès qu'existe un "doute" fondé sur la constitutionnalité, dans le premier, il ne devra intervenir que lorsque la cour *a quo* sera parvenue à la décision de «l'inconstitutionnalité» (monopole de la décision négative). On note encore que les divers ordres divergent également quant aux instances habilitées à soumettre la question de la constitutionnalité à la Cour constitutionnelle: alors que dans les uns cette possibilité est ouverte à n'importe quel cour (Allemagne, Italie, Espagne, par exemple), dans d'autres, elle n'est ouvert qu'aux Cours suprêmes et aux tribunaux de seconde instance, lorsque sont mises en cause des "lois" (Autriche, par exemple), et, dans d'autres encore, ce recours est étendu à des instances administratives supérieures (Pologne).

Un régime différent de celui de la "question préjudicielle" est celui qui est consacré dans l'ordre portugais. Il y est reconnu que le contrôle de la constitutionnalité de n'importe quelle norme juridique ressortit à la compétence, et à la compétence d'office, de tous les tribunaux, lesquels ont pour *devoir* de récuser, dans les cas concrets soumis à leur appréciation, l'application des normes qu'ils estiment inconstitutionnelles. Le contrôle concret des normes appartient donc, en premier lieu, aux tribunaux en général. Mais leurs décisions sur la "question de la Constitutionnalité" doivent faire l'objet d'un *recours* devant la Cour Constitutionnelle, recours qui est *obligatoire* (et qui doit être porté par le Ministère public) lorsque la norme récusée fait partie d'une convention internationale, d'un acte législatif ou réglementaire promulgué par le Président de la République. Lorsque la "question de la constitutionnalité" a été soulevée par l'une des parties au procès mais qu'elle n'a pas été considérée par le tribunal en cause, celle-ci peut également saisir la Cour Constitutionnelle, une fois les recours ordinaires épuisés.

c) Une modalité spécifique de contrôle des normes qui échappe à la distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret réside dans le contrôle sur *requête individuelle* des citoyens, soumise directement à la Cour constitutionnelle, saisine prévue dans l'ordre autrichien. Celle-ci peut être exercée dans l'hypothèse

ou une loi ou un texte réglementaire affecte immédiatement (c'est-à-dire indépendamment de son application par un acte judiciaire ou administratif) un citoyen, mais elle se trouve subordonnée au «principe de substitution» (c'est-à-dire qu'elle n'est admise que lorsque les intéressés n'ont pas d'autre voie judiciaire de recours possible).

Cette modalité se rapproche du contrôle des normes exercé à travers les procès sur "plainte constitutionnelle" (Staatsrechtliche Beschwerde, Verfassungsbeschwerde). Dans le droit constitutionnel suisse, c'est précisément à travers cette procédure que la Cour Fédérale exerce le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques, étant entendu que la "plainte constitutionnelle" peut être déposée directement contre un acte normatif (Fédéral) comme indirectement contre un acte d'application. Cependant s'applique également ici un principe de substitution.

Dans le droit d'Allemagne Fédérale également, le contrôle des normes peut s'exercer à travers les procès sur «plainte constitutionnelle», celle-ci pouvant aussi être déposée inclusivement contre les lois et autres règles juridiques, une fois vérifiées certaines conditions très précises (*maxime*, celle de la force immédiate et réelle de ces normes). Dans le droit autrichien lui-même, de tels procès peuvent également donner lieu à un contrôle de constitutionnalité, mais sous la forme d'un «contrôle concret» à l'initiative de la Cour constitutionnelle elle-même.

d) Au-delà des modalités de procédure du contrôle des normes ci-dessus citées, ce contrôle peut encore intervenir, *accessoirement*, dans d'autres procédures relevant de la juridiction constitutionnelle. Il peut en être ainsi, par exemple, lors de procédures destinées à résoudre des *conflits de compétence* entre différents organes de l'État, ou des *litiges fédéraux* ou *quasi fédéraux*.

1.3. *Domaine et objet du contrôle*

a) *Lois et autres textes juridiques*. Dans le cadre du présent rapport, il importe, fondamentalement, de considérer le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des *lois* et autres normes ayant *force de loi* ou assimilées. Cette possibilité est reconnue dans presque tous les ordres considérés, avec les particularités et exceptions suivants:

- En Hollande, au Luxembourg et en Finlande (pays sans juridiction constitutionnelle spécifique), un tel contrôle n'est pas admis; mais le contrôle

de normes infra-légales, oui («loi» dans le sens simplement matériel), ce qui est expressément prévu dans la Constitution finlandaise;

- en Irlande, le *judicial review* de lois post-constitutionnelles est réservé à la «Supreme Court» et à la «High Court»;
- en Suisse, le contrôle de la *loi fédérale* est exclu, aussi bien que tout contrôle abstrait d'autres normes (règlements) *fédéraux* (leur contrôle peut toutefois s'exercer de manière accessoire, surtout lors de recours en contentieux administratif); le contrôle concerne donc essentiellement les textes *cantonaux*;
- en Belgique, le contrôle de la Cour d'Arbitrage, s'appliquant alors aux lois et autres actes législatifs (décrets), est cependant limité aux questions de répartition des compétences entre l'Etat, les Communautés et les Régions; par ailleurs, l'orientation traditionnelle du droit belge va dans le sens de ne pas reconnaître à la généralité des tribunaux la possibilité de contrôler les textes légaux (mais la question a dernièrement fait l'objet de discussion, à la suite d'un arrêt de la Cour de Cassation, en 1974);
- en France, le contrôle de la constitutionnalité de la loi se résume, fondamentalement, au contrôle préventif déjà mentionné, l'orientation traditionnelle étant également à recuser ce contrôle aux juridictions ordinaire et administrative;
- en Turquie, se trouvent exclus du contrôle contentieux (par la Cour Constitutionnelle) les lois formant la base de la Révolution kémaliste, celles édictées par le Conseil national de sécurité entre 1980 et 1983, et les décrets-lois du Conseil des Ministres durant l'état d'urgence ou de siège;
- en Pologne, finalement, la compétence en matière de contrôle de la Cour Constitutionnelle est restreinte aux lois (et autres actes normatifs) postérieures à la révision de la Constitution polonaise de 1982.

Le contrôle des *conventions internationales* mérite une référence spéciale: dans certains ordres, il est expressément admis, à des niveaux et sous des formes variables (Autriche, Espagne, France, Portugal), dans d'autres, il est clairement exclu (Hollande, Pologne).

Enfin, pour ce qui concerne les ordres comportant une juridiction constitutionnelle spécifique, il convient de dire que les mécanismes et procédures respectifs

ne sont pas toujours exclusivement voués au contrôle de la constitutionnalité de la loi (ni même au contrôle de la *constitutionnalité*). Ainsi:

- en République Fédérale d'Allemagne, le contrôle *abstrait* s'applique sur toute norme juridique, et celui-ci, tout comme le contrôle concret, s'étend à la compatibilité du droit des Länder avec le droit fédéral;
- au Portugal, la compétence de la Cour Constitutionnelle s'étend au contrôle (abstrait ou concret) de la Constitutionnalité de *toutes les normes juridiques* et recouvre également le contrôle d'une forme spécifique de «légalité» (celle qui a trait aux règles d'attribution des compétences législatives entre l'Etat et les Régions autonomes);
- en Autriche, la juridiction Constitutionnelle recouvre le contrôle des lois et règlements (y compris les règlements internes et toutes dispositions générales) et, en ce qui concerne ces derniers, non seulement le contrôle de leur Constitutionnalité, mais encore celui de leur légalité; les choses se passent pareillement en Yougoslavie (où la compétence des cours Constitutionnelles couvre le contrôle de la Constitutionnalité des lois, des autres actes juridiques généraux et des actes généraux des organismes d'autogestion, ainsi que le contrôle de la légalité de ces deux derniers types d'actes), et en Pologne (où le contrôle s'étend à d'autres actes normatifs, en plus des lois, et à leur simple «légalité»);
- en Espagne et en France, finalement, le contrôle de constitutionnalité est expressément prévu également pour les «règlements» des assemblées parlementaires.

b) *Texte et norme*. Dans certains ordres juridico-constitutionnels et dans la jurisprudence de quelques Cours constitutionnelles s'est posée la question de savoir si l'objet du contrôle de constitutionnalité était les *dispositions* ou *textes* légaux (le «texte» de la loi), ou bien les *normes* que ceux-ci contiennent. La Cour Constitutionnelle espagnole va dans le premier sens, considérant que le contrôle des «applications» des textes légaux ne ressortit pas à sa compétence; mais la jurisprudence (et la doctrine) italienne semble aller en sens inverse, partant de la considération des cas de simple inconstitutionnalité *partielle* d'un texte (référant alors toujours les décisions à une certaine loi ou article de loi).

Il n'est pas fait mention, dans les autres rapports nationaux, de ce problème spécifique. Seul le rapport portugais fait allusion à une question quelque peu parallèle, à savoir ce qu'il faut entendre par «norme», aux effets de contrôle de

constitutionnalité (étant donné que la Constitution portugaise indique expressément ce contrôle pour les «normes»). Dans l'entendement de la Cour Constitutionnelle portugaise, ce concept doit être pris dans un sens «fonctionnel», tel que les purs actes administratifs, les décisions judiciaires et les actes «politiques» ne relèvent pas de sa compétence, mais déjà plus les «textes» légaux de teneur individuelle et concrète, ni, en général, toute «règle de conduite» ou tout «critère de décision» pour les particuliers, pour l'Administration ou pour le juge.

Quelle que soit la réponse la plus rigoureuse à apporter à la question du cadre théorique que nous avons commencé à énoncer, deux choses paraissent certaines: d'une part, le contrôle de «normes» doit toujours porter sur un «texte» ou un «principe» (légal) qui leur serve de support; d'autre part, cela ne fait pas obstacle à ce que soit reconnue unanimement (si l'on peut dire) la possibilité de simples inconstitutionnalités partielles, même de caractère «qualitatif» (*infra*, 2.2).

c) *Les omissions du législateur.* Le contrôle de constitutionnalité des omissions du législateur ne se trouve *expressément* prévue que dans trois des ordres constitutionnels considérés: il s'agit de l'ordre portugaise et des ordres yougoslave et polonais. Dans le premier, la constitution établit la possibilité pour le Président de la République, pour l'Ombudsman et pour les présidents des assemblées régionales (lorsque les droits des Régions sont en cause) de requérir de la Cour Constitutionnelle qu'elle «*vérifie* le nonaccomplissement de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires» pour rendre exécutoires certaines de ses normes: dans le second, il ressortit même à la compétence d'office des cours constitutionnelles de pouvoir signaler aux assemblées concernées l'obligation que soient émises des normes de nature légale ou autre afin d'appliquer la Constitution ou la loi — possibilité qui revêt une amplitude d'autant plus importante pour les cours constitutionnelles yougoslaves qu'il leur incombe génériquement le pouvoir et le devoir d'accompagner les faits et les situations avec intérêt pour la mise en oeuvre de la constitutionnalité et de la légalité, ainsi que la faculté générique de présenter des «propositions» aux assemblées par l'émission et l'altération de lois; et dans l'ordre polonais, se trouve également prévue une compétence d'office similaire de la Cour Constitutionnelle pour présenter au Parlement des observations sur des lacunes dont l'élimination est indispensable pour assurer la cohérence du système juridique respectif.

Cependant, la problématique des omissions du législateur n'est pas méconnue par les autres organes juridictionnels, et la possibilité n'est pas du tout

exclue que les organes juridictionnels de contrôle des normes apprécient en l'occurrence de telles omissions, pouvant entraîner une conséquence d'incostitutionnalité (voir les rapports nationaux de la République Fédérale d'Allemagne, de l'Autriche, de la France, de l'Irlande, de l'Italie et de la Turquie). Il s'agit pourtant là d'omissions que l'on pourrait qualifier de «relatives»: c'est-à-dire d'omissions se rapportant à un certain texte ou à un certain précepte légal et découlant de leur insuffisance, laquelle peut constituer un motif d'inconstitutionnalité du précepte ou du texte en cause (le rapport français cite le cas d'une loi dans laquelle le législateur est resté en deçà de sa compétence; mais la situation la plus fréquemment citée est celle de la non-considération par le législateur de situations semblables à celles qu'il a considérées, violant par là le principe d'égalité). Se situant alors dans le contexte du contrôle des normes, le problème ci-dessus mentionné a à voir, sur le fond, avec celui du «contenu» des décisions respectives, ce que nous examinerons plus loin (*infra*, 2.2). Il suffira d'ajouter ici que la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle autrichienne semble la plus radicale en la matière, considérant que les omissions en cause, lorsque'elles sont fondées, ne peuvent recevoir comme sanction que l'inconstitutionnalité du texte correspondant.

Relativement à la problématique des «omissions du législateur», une situation spécifique peut résulter de l'abrogation pure et simple d'une loi nécessaire à l'application de normes constitutionnelles ou à la garantie des exigences de la Constitution: tant la Cour Constitutionnelle portugaise que le Conseil Constitutionnel français ont déjà eu à examiner des hypothèses de ce genre, et ont prononcé l'inconstitutionnalité de la norme abrogative.

1.4 *Étalons de contrôle*

Naturellement, c'est la Constitution qui doit fournir l'étalon de la décision de «constitutionnalité». Il est également naturel que lorsque la juridiction constitutionnelle comprend le contrôle de la «légalité» (de toute la légalité ou d'une certaine espèce de légalité), l'étalon du jugement correspondant soit les normes hiérarchiquement supérieures dont on vise à garantir l'observation (*supra*, 1.3.a).

Concernant le premier des étalons respectifs — le seul qu'il importe de considérer dans ce rapport — un certain nombre d'observations complémentaires s'imposent toutefois.

Ainsi, et en premier lieu, il convient de signaler que, dans la généralité des ordres, c'est la Constitution prise comme un tout — tant, donc, en ce qui concerne les règles de compétence et de procédure législative, qu'en ce qui touche aux principes substantiels et aux valeurs que ceux-ci recouvrent — qui sert de norme de référence du jugement de Constitutionnalité. A ce propos, il importera surtout de remarquer l'évolution, dans ce sens, de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, ces dernières années, ainsi que l'évolution de la jurisprudence autrichienne dans le sens d'être en passe de conférer une «autorité» auparavant non reconnue à des principes «généraux» (principe d'égalité, par exemple) ou à des concepts «indéterminés» (celui de «bien public», par exemple) de la Constitution.

On rencontre une exception à cette orientation générale dans le droit belge, où la compétence de la Cour d'Arbitrage est limitée au contrôle du respect des règles constitutionnelles en matière de compétence législative, ainsi que mentionné plus haut (*supra*, 1.3 a).

D'un autre côté, le fait que l'ensemble des règles et principes de la Constitution a valeur d'étalon dans le jugement de constitutionnalité n'exclut pas que soit restreint, dans le procès en concret, le domaine des textes et principes constitutionnelles à considérer, à cause de circonstances ou pour des raisons de procédure (la nature, l'objet du procès ou la légitimité de l'entité qui intente l'action). Ainsi: dans le contrôle abstrait devant la Cour Constitutionnelle portugaise, requis par des organes des Régions autonomes (qui ne peut avoir d'autre fondement que la violation des droits de ces dernières); pareillement, dans le contrôle des normes exercé par la Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne saisie de procédures relatives à des conflits de compétence; dans le contrôle préventif de la Cour Constitutionnelle autrichienne (*supra*, 1.2 a); ou encore dans le contrôle effectué, soit par la Cour Constitutionnelle allemande, soit par la Cour Fédérale suisse lorsque leur sont déférées des «plaintes constitutionnelles»; lesquelles sont restreintes à la violation de «droits individuels» des citoyens (mais déjà plus en Autriche, dans des procédures similaires).

Une seconde observation qu'il importe de faire est qu'il est donné compte, dans certains rapports, d'un «élargissement» des étalons de constitutionnalité au-delà des normes et des «principes consignés dans la Constitution écrite». C'est notamment le cas du «bloc de constitutionnalité» défini par le Conseil Constitutionnel français (incluant non seulement les principes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution, mais également les «principes généraux du droit de

valeur constitutionnelle» et la notion d'«objectives de valeur constitutionnelle»); comme c'est le cas de la reconnaissance de «normes constitutionnelles implicites» par la Cour Constitutionnelle italienne; ou la référence par la Cour Constitutionnelle turque aux «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»; ou également de la considération, par la Cour Fédérale suisse, des garanties et Droits énoncés dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Et suivant une ligne similaire, on pourra encore signaler, éventuellement, le contrôle des normes législatives au sens matériel (non parlementaires) exercé par les cours hollandaises à la lumière des «principes généraux du droit».

En troisième lieu, on notera également qu'un «élargissement» de l'étalon de constitutionnalité se vérifie lorsque celui-ci s'étend à des normes non constitutionnelles par force ou sans lien avec les principes et les normes de la Constitution. Il s'agit du phénomène des dites *normes intermédiaires*, qui sont particulièrement prises en considération par la doctrine et la jurisprudence italiennes. Dans ces conditions, on désigne comme normes les lois d'habilitation législative, les «principes fondamentaux établis dans les lois de l'Etat» (important pour la définition des compétences législatives régionales) et les «normes du droit international général» (de la même manière, quant à ces dernières, également en Turquie). C'est dans des termes parallèles qu'il faut considérer de «bloc de constitutionnalité» auquel se réfère la Cour Constitutionnelle espagnole, statuant sur l'attribution des compétences législatives entre l'Etat et les Communautés autonomes, bloc dans lequel sont intégrés, au-delà des normes pertinentes de la Constitution, les «Statuts» des différentes Communautés et les lois répartissant, dans le cadre constitutionnel, de telles compétences. La problématique des normes intermédiaires a également fait l'objet de fréquentes considérations par la Cour Constitutionnelle portugaise, à propos de la question spécifique de la valeur, en tant qu'étalon de contrôle de la «constitutionnalité», des traités internationaux (lesquels, selon la doctrine dominante, ont au Portugal, de par la Constitution, valeur supra-législative): la jurisprudence des deux sections de la Cour se trouve, sur ce sujet, radicalement divisée.

Finalement, une quatrième observation à retenir — et qui est signalée dans le rapport national italien — concerne l'éventuelle valeur de la loi ordinaire elle-même, soit comme indicateur et stabilisateur de l'interprétation de la Constitution, soit comme *tertium comparationis*, dans les jugements de constitutionnalité à la lumière du «principe d'égalité» (avec une fréquence grandissante). Ce dernier constitue cependant un thème déjà lié à celui du «contenu» des décisions (*infra*, 2).

2. Le contenu des décisions

Les ordres considérés présentent deux modèles de base du contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques: celui du contrôle *diffus*, par la généralité des tribunaux, et celui du contrôle *concentré*, par des Cours constitutionnelles ou équivalentes (*supra*, 1.2 b). Ainsi, il convient de faire une première distinction entre le contenu des décisions dans les deux cas: en effet, si dans le contrôle concentré la décision porte *directement* sur la question de la constitutionnalité et incorpore dans son dispositif de décision le jugement correspondant, dans le contrôle diffus, la décision vise à résoudre immédiatement une autre question juridique (la «question principale») soumise à la Cour, et n'intègre, en général, que dans ses *fondements* un jugement sur la constitutionnalité de la norme, jugement qui prononce l'«application» ou la «non-application» de celle-ci au cas concret.

Une exception à cette règle se trouve cependant dans l'ordre *irlandais*, où est en vigueur le premier des modèles indiqués (et où, du reste, la compétence de *judicial review* est expressément consacrée dans la Constitution): là, dans l'hypothèse d'inconstitutionnalité, la procédure la plus courante est que la Cour émette une *déclaration* formelle correspondante (bien que dans certains cas ce jugement apparaisse seulement dans les attendus de la décision).

On relèvera par ailleurs que, malgré l'institution de la Cour Constitutionnelle, la compétence du contrôle des normes par la généralité des tribunaux a été maintenue au Portugal *supra*, 1.2 b), et que, naturellement, la décision de ces derniers se traduira dans l'«application» de la norme.

Il faut encore remarquer, par ailleurs, que ne cessent de surgir, même lors de procédures devant les Cours constitutionnelles, des situations dans lesquelles celles-ci n'émettent pas une décision directe sur la constitutionnalité d'une norme, mais joignent simplement le jugement correspondant aux considérants d'une autre décision (ce qui a pour conséquence qu'un tel jugement ne produit alors pas les effets que ladite décision directe aurait produits); ainsi en est-il pour le procès sur «plainte constitutionnelle» devant la Cour autrichienne, ainsi que, parfois, lors de procès identiques devant la Cour allemande et devant la Cour Fédérale suisse (dans ce cas, lorsque la plainte concerne des actes d'application du droit).

Dans le développement ci-après, on considérera fondamentalement les décisions *directes* sur la question de la constitutionnalité.

2.1. Les types simples ou extrêmes.

Ils renvoient évidemment à une décision pure et simple d'*inconstitutionnalité* (décisions de «réception», selon la terminologie italienne) ou à une décision *de sens et de portée opposés* (décisions de «rejet», selon la même terminologie). Dans tous les cas, il s'agit de l'énoncé d'un jugement simple, sans réserves ni conditions. Le contenu respectif n'est pas, néanmoins, précisément le même dans tous les ordres et toutes les situations.

a) En ce qui concerne les décisions dans le sens de l'*inconstitutionnalité*, elles comprennent avant toute autre chose une «*déclaration*» ou un «*prononcé d'inconstitutionnalité*». Mais il importe dès lors de distinguer si elles sont prises sous le régime du contrôle préalable ou sous celui du contrôle *a posteriori*. Dans le premier cas, son dispositif entraîne obstacle à l'entrée en vigueur de la norme; dans le second, il consiste, normalement, à déterminer l'élimination de la norme de l'ordre juridique.

Si nous considérons maintenant exclusivement le contrôle *a posteriori*, il faut dire que l'effet mentionné se produit, en principe, tant dans le contrôle concret ou incident (question de constitutionnalité) que dans le contrôle abstrait ou principal. Le cas portugais constitue une exception, en ce que, en vertu de la configuration particulière du système de contrôle respectif, la Cour Constitutionnelle est simplement appelée, dans les cas de contrôle concret, comme voie de «recours», à «revoir» (dans les limites de la «question de la constitutionnalité») une décision judiciaire préalable d'application ou de non-application d'une norme: il lui appartient donc simplement de la confirmer (décision de «rejet du recours») ou de l'annuler (décision de «recevabilité du recours»). D'où il ressort que lorsque le jugement de la Cour (en convergence ou en divergence avec celui de la décision contestée) va dans le sens de l'inconstitutionnalité, il se limite simplement à «déclarer la norme inconstitutionnelle».

Le mode sous lequel se présente, dans les différents ordres, l'effet de «cassation» de la norme n'est cependant pas indentique. Dans certains, est lié à cet effet celui de la déclaration de «nullité» de la norme (Allemagne, Turquie, Espagne, s'ajoutant, dans ce dernier pays, celui de «dérogation», lorsqu'il s'agit de normes préconstitutionnelles); dans d'autres, il est lié, en principe, à un effet d'«abrogation» (Autriche, où, toutefois, des traités internationaux ou des normes abrogatives étant en cause, une simple «déclaration d'inconstitutionnalité» est prononcée); dans d'autres, encore, est lié un effet d'«annulation», parfois

qualifié d'intermédiaire (Italie, Belgique); en Yougoslavie, pour ce qui est des normes infra-légales, on parle d'«annulation» ou de «révocation»; au Portugal, enfin, la Constitution et la loi se réfèrent seulement à la «déclaration d'inconstitutionnalité». La signification de ces divergences, concernant la force (temporelle) de la décision sera analysée plus avant (*infra*, 4.1 - 4.2).

Les ordres yougoslave et polonais méritent des considérations à part. Et cela, parce que, dans ces pays, la déclaration d'inconstitutionnalité n'entraîne pas toujours ou immédiatement son effet de cassation. En Yougoslavie, lorsque sont en cause des normes ayant valeur de «loi», les décisions des Cour constitutionnelles sont communiquées à l'assemblée concernée, afin que celle-ci, dans un délai de six mois (qui peut être prorogé), restitue la constitutionnalité (en abrogeant ou modifiant la ou les normes en question); seulement en cas d'inertie de l'assemblée, et le délai étant écoulé, la Cour constitutionnelle compétente peut émettre une *second décision* destinée à abolir la vigueur de la norme. En Pologne, toutes les décisions déclaratoires de «non-conformité» de normes sont remises aux organes ayant émis ces dernières, une distinction étant ensuite opérée selon qu'il s'agit de normes de loi ou de décret parlementaire ou d'autres règles: dans le premier cas, il incombe au Parlement de décider de l'abrogation ou de la modification de la norme, ou alors (avec la majorité exigée pour la révision de la Constitution) d'annuler la décision de la Cour; dans le second cas, l'organe ayant édicté la norme est astreint à annuler ou modifier la norme dans un délai de trois mois, sous peine de perdre sa force exécutoire.

Toujours en ce qui concerne les décisions d'«inconstitutionnalité», il convient d'indiquer que, d'une manière générale, leur contenu (et leur domaine) est circonscrit à l'objet de la «requête» (conformément au principe bien connu *ne eat iudex ultra vel extra petita partium*), dans le contrôle abstrait, ou la «question de l'inconstitutionnalité», dans le contrôle concret. Et on peut ainsi dire que lorsque n'a été mise en cause qu'une partie du texte (un alinéa ou un point), la décision respective d'inconstitutionnalité «partielle» correspond encore, finalement, à une décision «simple».

Ce principe s'étend, en règle normale, seulement à l'«objet» de la décision (la norme mise en cause), et non aux fondements de l'inconstitutionnalité (normes ou principes violés): dans ce sens, par exemple, la Loi de la Cour Constitutionnelle portugaise est précise. Mais il va parfois plus loin, comme cela semble arriver dans l'ordre suisse, si nous avons bien compris le rapport national respectif.

Un tel principe n'est cependant pas reconnu sans exceptions. On peut ainsi dire qu'il n'est en vigueur ni en Yougoslavie ni en France (ici, naturellement, dans le cadre du contrôle préventif), et qu'il connaît deux importantes limitations en République Fédérale d'Allemagne (la décision peut s'étendre à d'autres dispositions de la «même» loi, inconstitutionnelles selon les «mêmes» fondements) et en Autriche (lorsque l'inconstitutionnalité résulte de l'infraction d'une règle de compétence ou de forme). En Espagne, pour sa part, est légalement prévue l'élargissement de la décision pour des raisons de «connexité ou de conséquence», et une déclaration «par conséquence» d'inconstitutionnalité est admise en Italie.

b) En ce qui concerne les décisions de *sens contraire à celui de l'inconstitutionnalité*, il importe fondamentalement de remarquer que, dans leur modalité la plus fréquente et usuelle, elles revêtent un caractère purement «négatif» (ainsi que l'indique le rapport suisse), exprimé soit par une «non-déclaration d'inconstitutionnalité» (ce qui est la formule portugaise, dans le contrôle abstrait *a posteriori*; et il en va de même en Yougoslavie), ou alors, de manière encore plus simple, par la «négation de la recevabilité» (rejet) de l'action, du recours ou de la question de constitutionnalité (il en est ainsi non seulement en Suisse, mais aussi en Espagne, en Italie, en Belgique, en Irlande, en Autriche). Dans l'une ou l'autre des deux variantes, ce que les Cours ne prononcent pas, c'est une déclaration «positive» de la «constitutionnalité» de la loi ou de la norme mise en cause: le jugement correspondant ne pourra découler de la décision que de manière «indirecte» (comme le souligne le rapport yougoslave).

Il existe néanmoins des situations et des ordres où intervient cette déclaration positive de *conformité constitutionnelle* ou de *non-inconstitutionnalité*. Ainsi en est-il, immédiatement, dans le contrôle préventif des ordres irlandais et français (mais déjà plus dans le contrôle préventif portugais) (*supra*, 1.1 et 1.2 b); et c'est aussi le cas (mais alors dans le cadre du contrôle *a posteriori*) en R. F. d'Allemagne, en Pologne, et encore en Turquie.

2.2. *Les types intermédiaires.* La jurisprudence constitutionnelle n'a cessé de développer des types ou des modèles «intermédiaires» de décisions, c'est-à-dire se situant «substantiellement» (lors même que non «formellement») entre les deux extrêmes recensés.

Pouvant dire qu'il s'agit d'un phénomène totalement généralisé, il ne sera pas risqué de situer sa racine la plus profonde dans la conscience qu'une décision

d'inconstitutionnalité implique toujours, au bout du compte, un «désaveu du législateur» (*contempt of Parliament*), ce qui indique aussitôt sa «gravité». A cela s'ajoute, par la suite, qu'une telle décision peut parfois, au moins dans l'immédiat, occasionner des difficultés non négligeables, notamment d'ordre institutionnel. On comprend bien alors que, dans tous les ordres, la jurisprudence en soit venue très tôt à adopter, dans une mesure plus ou moins large, des «techniques de décision» qui permettent d'éviter d'aboutir à ce résultat, lorsqu'il ne s'impose pas absolument.

a) La première de ces techniques est celle de l'«*interprétation en conformité avec la Constitution*». Il s'agit, comme l'on sait, de réinterpréter la norme, en censurant le sens ou les sens qui conduisirent à son inconstitutionnalité et, éventuellement, lui en donnant un autre, compatible avec la Constitution. Cette procédure apparaît parfois sous une appellation spécifique, comme en France, sous celle d'«*interprétation neutralisante*».

La technique de l'«*interprétation conforme*» mène évidemment à des décisions dans lesquelles la norme mise en cause n'est pas jugée inconstitutionnelle: *décisions interprétatives de rejet*, selon la terminologie italienne. En général, il s'agira de décisions dont le sens et la portée sont clairement énoncés à travers les «*considérants*» respectifs, et par «renvoi» à ceux-ci (renvoi qui peut être «*spécifique*») dans le «*dispositif de décision*» de l'arrêt. Mais on peut signaler des cas où l'«*interprétation conforme*» est conditionnée audit «*dispositif*»: ainsi en est-il dans le contrôle préventif français, de même que dans la pratique de la Cour Constitutionnelle espagnole.

La «*technique*» considérée soulève toutefois deux séries de problèmes ayant trait à l'étendue et aux limites des pouvoirs des Cours constitutionnelles face, d'une part, au législateur et, d'autre part, aux tribunaux en général.

Concernant le premier problème, on peut avancer, comme idée générale, que l'interprétation conforme à la Constitution rencontre ses limites «dans la lettre et la volonté explicite du législateur» (rapport allemand), doit donc «respecter l'économie de la loi» (rapport belge), et ne peut, dès lors, se transformer en une «reconstruction d'une norme qui ne serait pas dûment explicitée dans un texte» (rapport espagnol). A l'intérieur de cette orientation commune, on peut toutefois signaler diverses nuances dans l'application de la méthode.

Quant au second problème, il dérive du fait que l'«*interprétation conforme*» n'est pas du «monopole» des Cours constitutionnelles (rapport autrichien) et que l'interprétation de la loi ressortit en tout premier lieu à la compétence des

tribunaux «ordinaires». D'où surgit la question de savoir s'il est licite que les Cours constitutionnelles non seulement censurent les interprétations non conformes à la Constitution, mais encore imposent leur propre interprétation de la loi. C'est dans le premier sens que s'orientent les Cours allemande et autrichienne; mais, d'une manière plus générale, il semble que la pratique soit loin de correspondre à une telle orientation. A ce propos, et au-delà du rapport autrichien, voir en particulier les rapports italien, français et portugais.

b) Un autre type de «décisions intermédiaires» généralement reconnu consiste dans la déclaration d'une *inconstitutionnalité partielle*, autrement dit, de décisions où seule est déclarée inconstitutionnelle une partie du texte mis en cause dans la requête (ou dans la «question préjudicielle»). Il pourra s'agir d'une partie correspondant à une des «dispositions» du texte, ou même seulement à un alinéa ou à une phrase du texte respectif (inconstitutionnalité partielle 'horizontale» ou «quantitative»); ou alors à une certaine dimension du contenu de ses dispositions (à une «norme» qui en est extraite), ce qu'on pourra appeler inconstitutionnalité partielle «qualitative», «idéale» ou «vertical».

Il sera intéressant de mettre en relief cette seconde modalité (qui est également généralement acceptée). Correspondant formellement à l'inverse de l'«interprétation conforme», elle se fonde cependant (ainsi que le signalent certains rapports nationaux) sur une approche méthodologique semblable au texte déféré, et elle est guidée par une préoccupation identique de rejeter ses éventuels sens inconstitutionnels: sauf que, dans l'«inconstitutionnalité partielle», ce résultat s'obtient en déclarant le texte inconstitutionnel «quant à», ou «dans la mesure où», ou «dans la partie qui» contient un certain contenu de sens ou une certaine disposition d'application. Il s'agit des décisions que la doctrine italienne qualifie *interprétatives de réception* (lorsque l'inconstitutionnalité «partielle» est définie par «renvoi» du dispositif de décision aux «considéranants» respectifs) ou de *réception partielle* (lorsque la «déclaration» correspondante appartient au dispositif lui-même).

S'agissant de décisions «symétriques» des décisions «interprétatives de rejet» (ou d'«interprétation conforme»), mais d'une portée finalement identique, on comprend que l'option entre les unes et les autres dépende, en dernière analyse, d'un «jugement de prudence» des Cours; voir, à ce sujet, les rapports italien, portugais et espagnol, notamment, et la référence faite, dans les deux premiers, à un point particulièrement important dans ce contexte, celui de la force obligatoire générale des décisions d'*inconstitutionnalité partielle*, confrontées avec

celles d'«interprétation conforme» (en tant que décisions de simple «rejet» de la requête) (*infra*, 3).

Il découle de ce qui vient d'être exposé qu'un problème similaire à celui que l'«interprétation conforme» pose sur la plan de l'étendu des pouvoirs des Cours constitutionnelles face au législateur pourra surgir dans le cadre des décisions d'«inconstitutionnalité partielle».

Mais, plus particulièrement, ces décisions suscitent le problème plus générique de la «dissociabilité» de la partie du texte jugée inconstitutionnelle («dissociabilité» non seulement au regard de la signification et de la portée initiales du texte, mais également, dès lors, de sa fonctionnalité). A ce sujet, il convient spécialement de signaler la compétence du Conseil Constitutionnel français, auquel il appartient de «déterminer» lui-même si et dans quelle mesure une telle «dissociabilité» est possible ou non (décision qui a ses conséquences sur le pouvoirs de promulgation du Président de la République).

c) Si l'«interprétation en conformité avec la Constitution» et l'«inconstitutionnalité partielle» sont des «techniques» de décision généralement pratiquées, il n'en va déjà plus de même d'autres types «intermédiaires» de décisions, que sont les *décisions conditionnelles*, d'«invitation au législateur», et celles de «reconnaissance» simple d'inconstitutionnalité, développées par la Cour Constitutionnelle allemande. Le second de ces types de décisions a néanmoins été accepté dans la propre Loi de la Cour Constitutionnelle fédérale.

Dans le «décisions constitutionnelles», la Cour considère qu'une loi ou une situation juridique n'est pas «encore» inconstitutionnelle, mais elle lie cette déclaration à un «appel» au législateur en vue de modifier cette situation, lui fixant éventuellement un délai pour ce faire; dans les décisions de «reconnaissance» simple d'inconstitutionnalité, la Cour «déclare» la norme inconstitutionnelle, mais ne lie pas à cette déclaration celle de la «nullité» correspondante.

A la base de décisions de ces types, existe un ordre de raisons semblable, que l'on peut référer, d'une part, à la préoccupation d'éviter un «chaos» juridique ou «politico-constitutionnel», ou le surgissement d'une situation encore moins compatible avec la Constitution, et, d'autre part, à l'idée de préserver la «liberté constituée» du législateur, notamment dans les situations d'«omissions du législateur» liées au principe d'égalité (*supra*, 1.3 a). Se trouvent parfois liées à cette dernière idée des considérations dogmatiques, comme, notamment, la difficulté de déclarer «nulle» une simple omission (ou lacune) de la réglementation.

Le sens commun à toutes ces décisions repose, au fond, sur le fait que la Cour Constitutionnelle considère que «la situation actuelle ne peut persister», mais elle laisse au législateur «la décision politique sur la manière d'adopter une nouvelle configuration pour la réglementation future».

Nonobstant les raisons déterminantes des types de décisions en cause, qui pourraient évidemment intervenir dans d'autres ordres, la vérité est que ces types mêmes de décisions ne sont pas parvenus à se généraliser. Divers rapports nationaux soulignent que leurs ordres respectifs ne paraissent pas les admettre.

En tout cas, parallèlement aux «décisions conditionnelles» de la Cour allemande, il semble que l'on puisse placer quelques rares «décisions d'admonition» (*sentenze monito*) émanant de la Cour Constitutionnelle italienne (décisions de «rejet», mais, au fond, sous conditions), ensuite suivie par une décision de «réception» (technique du «double prononcé»). Voir également, au sujet des «décisions constitutionnelles», le rapport autrichien.

d) Cependant, on peut parler de «décisions constitutionnelles» dans un autre sens, quel que soit celui que la Cour leur donne, sous la forme d'une décision d'inconstitutionnalité (décision de «réception», selon la terminologie italienne), lorsque la Cour énonce également une série de principes qu'une nouvelle loi, poursuivant le même objectif, doit respecter pour être conforme avec la Constitution (quand elle n'émet pas elle-même une disposition provisoire pour substituer celle déclarée inconstitutionnelle, ainsi que l'exprime le rapport portugais). De telles décisions peuvent aussi être dénommées *constructives* (comme l'indique le rapport espagnol).

Il s'agit de décisions dont la légitimité est hautement problématique, étant donné le caractère essentiellement «négatif» de la fonction attribuée aux Cours constitutionnelles (fonction de cassation). Pour cette raison, il est rare que les différents rapports fassent référence à un tel type de décisions.

Une situation éventuellement différente d'une sentence «constructive», plus ou moins assumée comme telle, sera celle dans laquelle des indications quant à une future réglementation de la matière, conforme à la Constitution, peuvent être tirées des «considérants» d'une décision d'inconstitutionnalité. Une telle situation est par exemple signalée dans les rapports français et suisse, mais tout en soulignant la «retenue» que doivent s'imposer les instances de contrôle.

e) On pourra encore indiquer quelques autres modalités spécifiques de décisions de type «intermédiaire».

Dans ce cas, on trouve celles que le rapport autrichien qualifie de *complémentaires de la loi*: il s'agit de décisions qui déclarent en conformité avec la Constitution une norme, dans la mesure où celle-ci doit être considérée intégrée dans certaines normes constitutionnelles immédiatement applicables.

On peut également considérer comme modalités spécifiques de décisions «intermédiaires» celles pour lesquelles la Cour Constitutionnelle espagnole a délimité les conditions «spatiales», et la Cour Constitutionnelle portugaise, les conditions «temporelles» d'application de certaines normes: mais il s'agit, au fond, de décisions d'inconstitutionnalité «partielle» *ratione territorii* ou *ratione temporis*.

2.3. *Décisions intégratives et substitutives*. D'un point de vue «structurel», il ne s'agit pas de décisions d'«inconstitutionnalité partielle qualitative» (décisions différentes des décisions de «réception partielle», dans la terminologie italienne). Ce que de telles désignations expriment, c'est l'effet «substantiel» spécifique de certaines de ces décisions, qui se traduit dans un élargissement immédiat (auto-applicable) ou une «addition» du régime contenu dans le texte jugé partiellement inconstitutionnel, ou même dans sa «substitution» par un autre. La doctrine italienne distingue ainsi les décisions *additionnelles* (sous l'effet de la déclaration de l'inconstitutionnalité d'un texte «dans la mesure où »celui-ci pose une «exception» ou une «condition», ou «ne considère pas» certaine situation) et les décisions *substitutives* (sous l'effet de la déclaration de l'inconstitutionnalité d'un texte dans sa partie ou dans la mesure où il établit un certain régime «plutôt que» un autre). Les rapports espagnol et portugais fournissent des exemples de décisions «additionnelles» des Cours respectives.

La distinction se justifie, car c'est en référence à de telles décisions — fréquemment qualifiées, conjointement avec les autres, de «manipulatrices» — que se révèle pleinement la problématique de la légitimité de décisions ayant pour effet de modifier l'ordre juridique, et que s'est engagé un débat doctrinal correspondant. Le rapport italien rend compte de manière détaillée, pour ce qui est de la littérature respective, de ce débat, mais conclut que semblables décisions sont aujourd'hui généralement admises, et que la véritable question est celle des limites de leur légitimité.

3. La force juridique des décisions

3.1. La principale distinction s'opère entre les décisions ayant un *effet limité à chose jugée* et les décisions avec *valeur erga omnes*. Elle se rapporte au cadre

différent de la force juridique du «dispositif» de la décision (le jugement d'inconstitutionnalité ou le jugement inverse, ou la «déclaration» correspondante) et aux effets que celui-ci produit immédiatement (ou non) sur l'ordre juridique.

Cette ligne de partage a fondamentalement à voir, d'une part, avec la «nature de la procédure» et la «structure» des décisions, et, d'autre part, avec leur «contenu». Leurs fondements et leurs motivations découlent donc de ce qui a été exposé *supra*, 2 et 2.1, auquel nous renvoyons.

a) Ainsi, la plupart des décisions prononcées en contrôle «diffus» de constitutionnalité produisent, naturellement, un *effet juridique limité à la chose jugée*, font exception les décisions dans lesquelles les cours irlandaises (*maxime*, la «Supreme Court» et la «High Court») émettent une «déclaration» d'inconstitutionnalité. Par ailleurs, certaines décisions des Cours constitutionnelles, auxquelles correspond, au fond, un simple contrôle «incident» de constitutionnalité, produisent cette même force limitée (dans les procès sur «plainte constitutionnelle», par exemple).

b) C'est déjà différemment qu'il importera de distinguer, en ce qui concerne les décisions «directes sur la constitutionnalité de normes juridiques prononcées en contrôle «concentré», celles qui vont dans le sens de l'inconstitutionnalité ou en sens inverse, et celles qui comportent ou non une «déclaration» correspondante.

C'est presque sans réserves que l'on peut dire que les premières produisent une force *juridique obligatoire générale (erga omnes)*. Il n'en va cependant pas ainsi pour les décisions prononcées en contrôle concret (question de constitutionnalité) par la Cour Constitutionnelle portugaise et par la Cour d'Arbitrage belge, lesquelles n'ont d'*autorité que limitée au cas soulevé*. D'un autre côté, les décisions prononcées en contrôle «abstrait» par les Cours Constitutionnelles polonaise et yougoslave n'ont un effet générale de «cassation» de la norme que dans les hypothèses et conditions mentionnées *supra*, 2.1.

En ce qui concerne les décisions prononcées en sens inverse à celui de l'inconstitutionnalité, la tendance dominante est de ne pas incorporer quelque «déclaration» formelle que ce soit de constitutionnalité ou de non-constitutionnalité, mais de se limiter à rejeter la requête ou la question d'inconstitutionnalité, ne produisant pas, par conséquent, d'*autorité obligatoire générale*. Mais la tendance dominante susmentionnée souffre d'importants écarts et atténuations, comme nous le verrons ci-après.

Ainsi, en R. F. d'Allemagne, la Cour Constitutionnelle, si c'est le cas, «déclare» la conformité constitutionnelle de la norme soumise au contrôle, déclaration qui porte une autorité identique à celle de la déclaration d'inconstitutionnalité; il en va de manière similaire en Pologne; en Autriche, les décisions en la matière ont autorité générale pour ce qui touche aux questions de constitutionnalité déferées (produisant une autorité de chose jugée correspondante dans les «considérants» respectifs); en Espagne, la loi prévoit que les décisions de rejet produisent un «effet péremptoire», relativement à l'appréciation du même problème de constitutionnalité, la portée exacte de cette disposition n'étant toutefois pas encore fixée par la jurisprudence; en Turquie, les décisions de rejet, dans le cadre du contrôle concret, impliquent un jugement de «conformité constitutionnelle» qui exclut pour une durée de dix années la possibilité de réexaminer la question; en Belgique, finalement, les décisions de rejet d'un «recours en inconstitutionnalité» (contrôle abstrait) lient les tribunaux, pour ce qui concerne la question jugée.

c) Les considérations émises dans le paragraphe précédent se rapportent essentiellement aux décisions prononcées en contrôle *a posteriori*, mais il est pensable qu'elles seront en principe applicables, *mutatis mutandis*, aux décisions prononcées en contrôle «préventif», dans les cas où celui-ci est prévu (*supra*, 1.2 a).

Considérant les rapports portugais, français et irlandais (lesquels soulèvent le point), le principal commentaire que l'on peut faire est que les décisions prises dans le contrôle préventif *qui ne concluent pas à l'inconstitutionnalité* ont une portée très différente au Portugal et dans les deux autres pays mentionnés: alors que dans le premier elles ne produisent aucun effet de péremption d'une appréciation ultérieure de la norme, en France et en Irlande, elles ont pour effet d'affirmer *erga omnes* la «conformité constitutionnelle» respective.

D'un autre côté, en ce qui concerne les *décisions d'inconstitutionnalité*, si l'on peut alors parler d'une «autorité générale», il faut cependant noter que son effet spécifique et immédiat sera de faire obstacle à la promulgation du texte en cause par l'organe compétent, obligeant celui-ci à s'y opposer. A ce propos, toutefois, certaines différences existent entre le régime français et le régime portugais. On ajoutera seulement qu'au Portugal le Parlement peut, sur majorité qualifiée, passer outre au jugement de la Cour Constitutionnelle.

3.2 Au-delà de ce qui vient d'être mentionné, la «qualification», en termes de droit comparé, des effets des décisions judiciaires de contrôle normatif donne

origine à un certain nombre de difficultés et de perplexités. On imagine qu'il s'agit d'un domaine particulièrement propice à un éclaircissement à travers le débat. Dans les quelques notes suivantes, seules seront considérées les décisions prononcées par les *instances spécifiques de contrôle* de la constitutionnalité et ayant *directement* pour objet ce contrôle (*supra*, 2).

a) En ce qui concerne la *force de chose jugée*, l'unique point que l'on peut considérer comme ferme est que les décisions en question acquièrent, en général, force de chose jugée *formelle*, ou une efficacité équivalente. Autrement dit: ce sont des décisions « finales », non susceptibles de recours, et qui « excluent la possibilité que le problème qu'elles résolvent vienne à se reposer, sous n'importe quelle forme, durant le même procès » (ainsi que l'exprime le rapport portugais). Mais voici que surgit une ou une autre exception ou particularité. Ainsi, lorsqu'est admise, dans l'ordre polonais, la possibilité de « révision » touchant les décisions déclaratoires d'inconstitutionnalité de normes infra-légales.

Déjà pour ce qui est la force de chose jugée *matérielle*, les rapports nationaux révèlent des divergences prononcées, qui semblent refléter des entendements absolument non coincidents de ce concept ou de sa portée. Ainsi, en Autriche et en Belgique, les effets *erga omnes* des décisions sont rattachés à cette notion (chose jugée « avec force générale » ou chose jugée « absolue »; en France, il est également reconnu aux décisions du Conseil Constitutionnel une « autorité comparable à l'autorité de la chose jugée » (qui s'attache aux « motifs »); en R. F. d'Allemagne, on distingue l'autorité *erga omnes* de l'effet de chose jugée (limité au « dispositif » de la décision); déjà en Suisse, l'effet substantiel de chose jugée (à ce qu'il semble, de manière purement « objective ») est récusé, même aux décisions prononcées en contrôle abstrait, et avec autorité *erga omnes*; et il en est même dans les rapports espagnol et italien, où l'on doute que la notion procédurale en question convienne aux décisions de contrôle des normes.

b) Dans certains ordres, l'autorité *erga omnes* des décisions reçoit la qualification de *force de loi*. Ainsi en est-il en R. F. d'Allemagne (conformément à une disposition expresse de la Loi de la Cour constitutionnelle) et en Italie (en harmonie avec la doctrine prédominante, qui reconnaît aux décisions de « réception », même lorsqu'elles sont purement abrogatives, une valeur de « sources normatives »).

c) Également dans certains ordres, il est expressément stipulé que les décisions des Cours constitutionnelles respectives ou d'un organe équivalent s'imposent à tous les pouvoirs publics et autorités ou entités publiques (et privées), ou aux autres organes constitutionnelles de l'Etat et à tous les tribunaux et toutes les autorités administratives: voir, avec des formulations diverses, les rapports allemand, espagnol, portugais, français et turc. Se pose ainsi le problème d'une *force obligatoire générale* particulière de toutes les décisions, au-delà de l'effet spécifique ou de l'autorité (*erga omnes*, chose jugée, effet péremptoire) qui doivent être reconnus à chacune des espèces ou catégories de décisions en particulier.

Quant à savoir en quoi consiste précisément cet autre type d'autorité des décisions des Cours constitutionnelles, et savoir s'il se différencie véritablement de l'effet propre à chaque espèce de décisions, voilà qui ne paraît pas facile à déterminer avec sûreté. Il semble, au fond, que l'on soit en présence d'une «incidence institutionnelle» et d'une *force de précédent* qualifiée des décisions des Cours constitutionnelles (le rapport portugais est, à ce propos, plutôt dubitatif).

Un aspect particulier, mais spécialement important, de cette «valeur obligatoire générale» des décisions des Cours constitutionnelles consiste à savoir dans quelle mesure elle touche le *législateur* lui-même (les décisions déclaratoires d'inconstitutionnalité sont maintenant en cause).

Sur ce point, on trouve également, dans les rapports qui le considèrent expressément, des réponses divergentes. Ainsi, alors que le rapport autrichien nie clairement que le législateur soit lié par les décisions de la Cour Constitutionnelle, les rapports allemand et italien l'affirment, également clairement. Par ailleurs, il est expressément stipulé dans la Constitution turque que les décisions de la Cour Constitutionnelle s'imposent aux organes législatifs.

On notera toutefois que cette «dépendance» du législateur — lorsqu'elle est reconnue — ne peut faire moins qu'être entendue sous réserve d'une modification des circonstances ou d'une altération globale de toute l'institution en cause (voir, à ce sujet, les rapports italien, espagnol et suisse).

3.3 En dernier lieu, concernant le *rapport des organes de justice constitutionnelle* vis-à-vis de leurs propres décisions, on peut signaler l'unanimité de l'orientation selon laquelle lesdites décisions ne constituent pas un précédent obligatoire pour ces organes. Le seul «lien» qui pourrait exister — et encore n'est-il mentionné que dans les rapports allemand et autrichien — serait celui découlant de la chose jugée. Hormis cette situation, toutes les Cours constitutionnelles, sans exception,

admettent la possibilité de «réviser» la doctrine affirmée dans des décisions antérieures, à la lumière d'une modification des circonstances (sociales, économiques, techniques et juridiques) ou d'une évolution de la conscience éthique et juridique.

Mais s'il en est ainsi, il convient d'ajouter que, dans l'ordre des réalités, une telle révision n'est pas envisagée avec facilité, car les «précédents» représentent plutôt un facteur de première importance dans le développement de la jurisprudence constitutionnelle.

4. L'effet dans le temps des décisions

Il importe de considérer le problème en le rapportant aux décisions de déclaration d'inconstitutionnalité avec effet d'annulation de la norme, autrement dit, aux décisions d'inconstitutionnalité prononcées en contrôle *a posteriori* possédant un effet *erga omnes*. Il s'agit de savoir à partir de quel moment la déclaration d'inconstitutionnalité entraîne l'extinction de la norme, et quels effets elle entraîne relativement aux situations créées et aux actes juridiques (*maxime*, actes administratifs et décisions judiciaires) fondés sur une norme déclarée inconstitutionnelle.

4.1. - 4.2 La question fondamentale est de savoir si la déclaration d'inconstitutionnalité opère avec effet *ex tunc* (remontant ses effets, donc, à la date d'entrée en vigueur de la norme ou, éventuellement, s'agissant de norme préconstitutionnelle, à la date d'entrée en vigueur de la Constitution) ou avec simple effet *ex nunc* (opérant donc seulement à partir de la publication de la décision). Dans le premier cas, la décision d'inconstitutionnalité produit un effet d'*invalidation* de la norme; dans le second, un effet purement *abrogatif*.

Les divers ordres juridiques ne coïncident pas sur ce sujet. Dans certains — comme l'autrichien, le suisse, le turc et le polonais —, il est reconnu aux décisions d'inconstitutionnalité un effet, en principe, simplement *ex nunc* ou «abrogatif»; mais dans la plupart des autres il leur est reconnu, en principe, un effet *ex tunc* ou d'«invalidation». Dans certains de ces derniers ordres, un tel effet est expressément prévu par la Constitution ou par la loi (comme en R. F. d'Allemagne ou au Portugal); mais déjà en Italie, notamment, sa reconnaissance a fait l'objet d'un développement doctrinal et jurisprudentiel opéré à partir d'une formulation constitutionnelle qui s'orientait, *prima facie*, vers un simple effet «abrogatif». Par ailleurs, dans l'ordre espagnol, bien qu'il soit expressément déterminé que les décisions d'inconstitutionnalité comportent une «déclaration de nullité» des textes,

des interrogations subsistent quant à la caractérisation de l'effet de telles décisions.

Quoi qu'il en soit, et certainement plus significatif et important que la qualification conceptuelle précise de l'effet des décisions d'inconstitutionnalité, se trouve le fait, en général, de ne pas tirer de cette qualification toutes les conséquences théoriquement possibles desdites décisions — cela en ce qui concerne le sort des situations créées et des actes pratiqués à l'abri de la norme déclarée inconstitutionnelle. En vérité, on reconnaît qu'à cela s'opposent des exigences incontournables de justice ou de sécurité juridique.

Ainsi, pour ce qui est des ordres où, en principe, est attribué à la déclaration d'inconstitutionnalité un simple effet *ex nunc*, il convient d'indiquer qu'en Autriche l'effet d'une telle déclaration s'étend, de toute manière, au cas concret qui a été à l'origine du contrôle (*Anlassfall*, notion à laquelle la Cour autrichienne donne un sens très large), et que la Cour constitutionnelle dispose de la faculté (toutefois rarement utilisée) de décider que la déclaration d'inconstitutionnalité puisse produire un effet plus radical; pour sa part, en Turquie, l'effet de l'inconstitutionnalité recouvre les procès en cours et les sentences pénales défavorables (même passées en force de chose jugée).

D'une autre part, en ce qui concerne les ordres où le principe de l'effet *ex tunc* est en vigueur, celui-ci connaît, presque sans exception, une première limite établie sur la «chose jugée», sauf pour les sentences prononçant des peines criminelles ou autres (fondées sur une norme pénale défavorable). (Fait exception à cette orientation la Belgique, où est admis un mécanisme de «rétractation» des sentences passées en force de chose jugée). Par ailleurs, sur ce même plan des sentences passées en force de chose jugée, existe une tendance à considérer d'autres situations («droits acquis», obligations «accomplies») et des actes définitifs (par exemple, prescription ou écoulement du délai imparti pour former un recours). (On note cependant qu'en R. F. d'Allemagne et en Yougoslavie la déclaration d'inconstitutionnalité entraîne péremption de la possibilité d'exécution de sentences et d'actes définitifs mais non encore exécutés). D'autre part, on soulignera encore l'orientation qui a finalement prévalu dans la jurisprudence italienne dans le sens de reconnaître un simple effet *ex nunc* à la déclaration d'inconstitutionnalité de normes pénales «favorables» (voir également le rapport belge).

Mais les limites portées à l'effet soit *ex nunc* soit *ex tunc* des décisions d'inconstitutionnalité n'en restent pas là. Il convient encore de signaler spécialement le

fait que, dans certains ordres, est expressément conférée aux Cours constitutionnelles respectives la *faculté de délimiter*, selon certains termes, l'effet dans le temps de ces décisions: il en va ainsi en Autriche, au Liechtenstein, en Belgique et au Portugal.

4.3 Dans les ordres où, en principe, un simple effet *ex nunc* est attribué aux déclarations d'inconstitutionnalité, on peut également dire que les décisions correspondantes produisent seulement un effet *pro futuro* (avec les limitations signalées). Ce que la généralité des ordres ne prévoit pas, c'est la faculté pour les Cours constitutionnelles de fixer un délai pour l'extinction des normes déclarées inconstitutionnelles.

Une telle possibilité est en tout cas admise — par disposition expresse — dans les ordres de l'Autriche, du Liechtenstein et de la Turquie, alors que l'ordre belge confère à la Cour d'Arbitrage le pouvoir de définir avec une certaine latitude les effets de la décision susceptibles de conduire à un résultat équivalent (encore que partiel).

Pendant, les raisons qui pourraient éventuellement justifier un décalage dans le temps des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité (et qui ont à voir, *grosso modo*, avec la préoccupation d'éviter un «vide législatif») ne manquent pas de se refléter dans la pratique de certaines autres Cours et dans les «techniques» de décision que celles-ci ont adoptées — «techniques» grâce auxquelles un résultat similaire est obtenu. Il s'agit, en particulier, du cas des décisions «conditionnelles» et de «reconnaissance simple d'inconstitutionnalité» de la Cour allemande. Mais dans la même ligne, on pourra également citer le moyen consistant à ajourner la publication de la décision.

4.4 Une question spécifique, intimement liée au problème de l'effet dans le temps des déclarations *erga omnes* d'inconstitutionnalité, concerne le fait de savoir si celles-ci emportent la *remise en vigueur* de la norme ou du régime abrogés par la norme ou les normes déclarées inconstitutionnelles.

La question est directement considérée dans les Constitutions autrichienne et portugaise, les deux établissant la règle que la déclaration d'inconstitutionnalité entraîne ladite «remise en vigueur». Il est cependant reconnu aux Cours Constitutionnelles respectives la faculté d'exclure, en l'espèce, cet effet.

Les rapports italien, espagnol et turc soulèvent également ce point. Dans les rapports italien et turc sont citées des décisions dans lesquelles les Cours respectives ont considéré que la remise en vigueur se vérifiait, et il est ajouté que la

doctrine tend à admettre cet effet comme automatique lorsqu'on se trouve en présence d'une déclaration d'inconstitutionnalité d'une règle d'abrogation expresse; le rapport espagnol signale que la question ne peut être considérée résolue par l'application de la règle (légale) selon laquelle l'«abrogation» de la loi n'a pas d'effet de remise en vigueur.

5. Les pouvoirs des organes de la justice constitutionnelle en ce qui concerne la définition du contenu et des effets de leurs décisions (*synthèse*)

à) Définition préalable, par la Constitution et par la loi, et autonomie des Cours.

De l'exposé comparatif qui précède, on peut tirer la conclusion que si le domaine dans lequel s'exercent les pouvoirs des organes de justice constitutionnelle — *maxime*, des Cours constitutionnelles et organes similaires — est, dans une large et fondamentale mesure, préalablement défini par les normes constitutionnelles et légales qui règlent, dans chaque ordre juridique, l'exercice de la justice constitutionnelle, il n'en reste pas moins que sa délimitation plus précise et sa concrétisation résultent également, pour une part considérable, de la jurisprudence desdits organes, de la conception qu'ils se font eux-mêmes de leur fonction, et de l'interprétation qu'ils donnent des normes pertinentes de la Constitution et de la loi. Pour résumer: définition constitutionnelle et légale préalable et autonomie des Cours se combinent ici dans des proportions variables.

D'une manière très générale, on pourra émettre l'idée que la *compétence* des Cours constitutionnelles et les *voies procédurales* d'accès à de telles instances sont régies par un strict principe de réglementation constitutionnelle et légale, ces organes ne disposant, dans ces domaines, d'autre marge de liberté d'interprétation que celle inhérente à toute application du droit. C'est ainsi que, notamment, et relativement au premier aspect, l'univers des normes passibles de son contrôle est celui que la Constitution et la loi définissent; et c'est également ainsi que, sur un autre plan, les Cours constitutionnelles considèrent leur compétence comme relevant d'une mission obligatoire, qui ne saurait en aucun cas susceptible d'être écartée en recourant à la doctrine américaine bien connue de la «political question» (voir, sur ce point, les rapports allemand et autrichien).

En règle générale, il n'appartient pas non plus aux Cours constitutionnelles de déterminer le type d'*autorité* de leurs décisions, le *niveau de leur force juridique* et leurs *effets ratione temporis*. Mais là, non seulement s'est déjà ouverte,

dans certains ordres, un espace pour une jurisprudence différenciatrice (voir le rapport allemand), mais encore, et surtout, a été expressément reconnue dans plusieurs d'entre eux la possibilité pour ces instances d'adapter les effets dans le temps des décisions selon des termes différents de ceux qui sont en principe établis.

Néanmoins, le domaine dans lequel la créativité et l'«autonomie» de la jurisprudence constitutionnelle se manifestent de façon plus caractérisée et plus riche est celui du *contenu* des décisions respectives. A ce propos, il suffira de rappeler la variété multiforme polyvalente et la suite de gradations des types «intermédiaires» de décisions, décrits en temps opportun, et de souligner que tous furent (ou commencèrent par être) des créations de l'activité jurisprudentielle.

b) L'extension, les limites et la signification des pouvoirs des organes de justice constitutionnelle:

b.1 — Vis-à-vis du pouvoir législatif.

On sait que la fonction primordiale des organes de justice constitutionnelle — celle d'assurer la conformité des lois avec la Constitution — est également la plus ardue et délicate de ses tâches. Car là, la légitimité (juridiquement et constitutionnellement fondée) de son pouvoir de contrôle, et de sa compétence pour fixer en dernier ressort le sens et la portée de la Constitution, s'affronte avec la liberté constitutive du législateur, laquelle est aussi constitutionnellement garantie et démocratiquement légitimée. La tension entre ces deux légitimités est donc nécessairement inévitable; comme il sera toujours difficile de tracer, avec une précision anticipée, la frontière entre l'une et l'autre. Il s'agit d'un problème classique — *du* problème classique — de la justice constitutionnelle et de son caractère dogmatique.

Divers rapports nationaux rendent compte de cette «tension»: une tension aujourd'hui «aggravée» — comme le souligne opportunément le rapport suisse — par l'intensification et le développement de la fonction d'orientation et de «direction» de la loi, laquelle s'étend, dans le contexte politico-constitutionnel contemporain, à pratiquement tous les domaines de la vie sociale.

Cette «tension» s'exprime de manière privilégiée dans la problématique du «contenu» des décisions des organes de justice constitutionnelle et, de façon plus particulière, dans celle relative à la légitimité et aux limites des «décisions intermédiaires», que nous avons analysées plus haut. Considérant en particulier les

indications fournies à ce sujet par les divers rapports, nous pouvons tirer les conclusions fondamentales suivantes:

- est attribuée aux Cours constitutionnelles une fonction essentiellement *négative* et *subordonnée* à la Constitution, fonction différente par nature de la fonction «constitutive» du législateur; dans ce cadre, cependant, leur incombe l'imprescriptible devoir de donner autorité aux principes et valeurs constitutionnels et de les rendre opérants dans l'ordre juridique;
- de ce caractère «négatif» de la fonction, il découle que la compétence en matière de contrôle contentieux de constitutionnalité se trouve soumise à certaines *limites fonctionnelles*, que l'on peut inscrire dans l'idée fondamentale qu'il n'appartient pas aux Cours constitutionnelles de procéder à des valorisations ou à des choix «politiques», ni de prendre les décisions qui leur correspondraient. Dans cette optique, l'idée selon laquelle la justice constitutionnelle ne doit pas conduire à l'installation, plus ou moins dissimulée, d'un indésirable «gouvernement des juges» reste pleinement valable;
- les «limites fonctionnelles» mentionnées et la préoccupation de préserver la liberté constitutive du législateur sont à la base de la retenue particulière dont font montre certains types de décisions des Cours constitutionnelles (ou de certaines d'entre elles). Mais peu s'en faut que, plus ou moins fréquemment, les décisions des mêmes Cours en viennent à revêtir une portée non strictement de «cassation» et à induire un effet «modificateur» dans l'ordre juridique: sauf qu'il s'agit là d'un effet qu'on pourrait appeler «indirect», produit dans le cadre de l'«attachement à la Constitution» du système juridique, et non d'une «création» autonome de droit.

b.2 Vis-à-vis des cours en général.

Dans les ordres juridico-constitutionnels où le contrôle de constitutionnalité n'est pas (ou pas seulement) confié aux cours en général, mais réservé (pour le moins en dernier ressort et pour sa partie la plus significative) à un organe juridictionnel spécifique, les interférences entre l'étendue de la compétence et l'activité jurisprudentielle de l'un ou des autres sont également inévitables. Ces interférences se produisent, principalement, dans le domaine du contrôle concret de constitutionnalité et peuvent surgir, plus particulièrement, sur la base de la «pertinence» de la question de constitutionnalité et sur celle de l'«interprétation en conformité avec la Constitution».

De la part des Cours constitutionnelles, il leur appartiendra de respecter la propre sphère d'action des cours «communes», à la compétence desquelles ressortissent en tout premier lieu l'interprétation et l'application du droit ordinaire. Mais celles-ci devront, en contrepartie, définir les *points constitutionnels* fondant cette interprétation et cette application, veillant à leur syntonie avec les principes et les valeurs de la loi fondamentale. Et on peut dire, sur ce chapitre, que dans tous les ordres sont reconnues à la jurisprudence constitutionnelle, et à la «doctrine» lui correspondant, une prééminence d'orientation de plus en plus respectée et une incontestable valeur factuelle de «précédent».

b. 3 Vis-à-vis des cours internationales ou supranationales.

En ce qui concerne l'«interférence» des organes juridictionnels internes de justice constitutionnelle avec les cours internationales ou supranationales, les divers rapports nationaux n'offrent pas — ce qui se comprendra aisément — de développements particuliers.

En vérité, si nous nous limitons à considérer le cadre du droit international classique, il s'agira d'instances qui opèrent dans des domaines juridiques, et surtout institutionnels, nettement différenciés. Mais là encore, les interférences et les divergences ne sont pas, en théorie, impossibles: il suffira de considérer la compétence éventuelle des Cours constitutionnelles, soit en matière de contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux, soit en matière de contrôle de la constitutionnalité de la loi à la lumière, également, des principes du droit international public, sinon même des règles du droit international conventionnel.

Mais lorsque l'on passe du cadre du droit international classique pour celui du droit international moderne des «droits de l'homme», d'une part, et pour celui du droit communautaire européen d'autre part, alors le panorama des «relations» des Cours constitutionnelles nationales avec les instances contentieuses supranationales situées dans la sphère mentionnée se modifie qualitativement.

Ainsi, concernant les pays ayant souscrit ou adhéré à la *Convention Européenne des Droits de l'Homme* — et, en particulier, dans ceux ayant accepté la clause du recours direct à la Commission respective —, la possibilité théorique de divergences entre les Cours nationales et les instances de Strasbourg, soit quant à la conception et au sens à donner de certains droits fondamentaux dans des cas concrets, soit, même, quant à l'interprétation des articles de la Convention (cela, en particulier, dans les pays où celle-ci a valeur de droit interne, directement applicable: voir, à ce propos, les indications contenues dans le rapport de

la Commission Européenne des Droits de l'Homme). Mais il s'agit, pour l'instant, d'une éventualité simplement «théorique». Auparavant, on pourra signaler une influence considérable de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes sur plusieurs Cours constitutionnelles nationales, la Convention elle-même servant, pour certaines d'entre elles, d'étalon de la constitutionnalité (voir en particulier les rapports autrichien, suisse, turc).

Par ailleurs, en ce qui concerne les pays membres de la *Communauté Économique Européenne*, des problèmes très spécifiques se posent aux organes respectifs de contrôle de la constitutionnalité quant à l'application du «droit communautaire dérivé» et son introduction dans l'ordre juridique interne. Les rapports irlandais, allemand et italien en rendent compte — et justement à propos des trois questions fondamentales qui se posent dans ce domaine. Il s'agit, en premier lieu, de la question que suscite le principe établi par l'article 177 du Traité de Rome (le «renvoi préjudiciel» par les cours nationales devant la Cour de Justice des Communautés des questions touchant à l'interprétation du droit communautaire, et son caractère «obligatoire» pour les Cours suprêmes); en liaison avec ce premier point, ils s'agit ensuite de la question du contrôle éventuel de la constitutionnalité, par les cours nationales, du droit communautaire dérivé; et, finalement, du problème de la suprématie de ce droit dérivé sur le droit interne, et de sa considération ou non comme «question de constitutionnalité», de la compétence, par conséquent, des Cours constitutionnelles.

Les réponses — et ce sont les seules — que donnent les rapports mentionnés sur ces trois problèmes sont les suivantes: — la Cour Suprême irlandaise se considère liée par l'«obligation» du «renvoi préjudiciel» stipulé à l'article 177 du Traité de Rome; — la Cour Constitutionnelle allemande, après avoir commencé par admettre le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé à la lumière des droits fondamentaux, laisse aujourd'hui cette question ouverte; — la Cour Constitutionnelle italienne, au terme d'une évolution de la jurisprudence qui a connu diverses étapes, considère aujourd'hui «inadmissible», en tant que question constitutionnelle, une éventuelle confrontation de norme internes avec le droit communautaire dérivé.

7th Conference of Constitutional Courts

Lisbon, 26 — 30 April 1987

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

GENERAL REPORT

Prepared by:

JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA

Judge of the Portuguese Constitucional Court

Lisbon — April 1987

INTRODUCTORY NOTE

The present report will basically follow the points outlined in the questionnaire previously sent to those Courts taking part in the Conference and will restrict itself to the themes outlined therein.

This report was drawn up from the reports presented by following Courts and institutions: the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, the Constitutional Court of Austria, the Court of Arbitration and the Court of Cassation of Belgium, the Constitutional Courts of Spain, the Constitutional Council of France, the Supreme Court of Finland, the Supreme Court of Ireland, the Constitutional Court of Italy, the Constitutional Court of the Federal Socialist Republic of Yugoslavia, the State Court of the Principality of Liechtenstein, the Council of State of Luxembourg, the Constitutional Court of Poland, the Constitutional Court of Portugal, the Federal Court of Switzerland, the Constitutional Court of Turkey, and the European Commission on Human Rights.

I. Introduction

1.1. *Organs of constitutional jurisdiction*: Under the general umbrella of “organs of constitutional jurisdiction”, it is still quite evident that, in the various European legal and constitutional systems, there is a clear distinction to be made between those systems which do and those which do not provide for a specific jurisdictional institution to exercise this power, or part of it.

In the first category one should include the systems of those countries in which a "Constitutional Court" (Federal Germany, Austria, Spain, Italy, Yugoslavia, Poland, Portugal and Turkey) or a similar Court (the Swiss Federal Court, the State Court of Liechtenstein) have been instituted. The French system should also be included with the foregoing, since there is less and less contestation of the fact that the Constitutional Council of that country decides as if it were an organ of jurisdiction, and more recently one should add the Belgian system, since the creation of a Court of Arbitration.

In the other systems which are to be considered, "constitutional jurisdiction" — in its more specific dimension as the control of the constitutionality of juridical rules — is exercised to varying degrees by most of the courts in general (common an administrative courts). The greater or lesser extent of this jurisdictional power depends essentially on the possibility of controlling laws in a formal sense (acts of parliament). This power is not recognised in some systems (*infra*, 1.3).

In those systems where there is a Constitutional Court or similar institution, the power of other courts to control the constitutionality of juridical rules is, however, not always entirely excluded. Generally speaking, it may be said that in such systems the control of rules which have legal force is always reserved (at least in the last instance) to the Constitutional Courts, whereas the control of rules which have an infra-legal force is normally (or also) the responsibility of the general courts, to the extent and under procedures which vary according to the different systems. More precise information about this matter is to be found in subsequent sections (*infra*, 1.2 and 1.3).

At the same time, in those constitutional systems where there is no Constitutional or similar Court, it is still sometimes possible to find certain specific institutions enshrined in the law for checking and controlling constitutionality, although they may not always be of a jurisdictional nature. Such institutions are a reflection both of the singular nature of the respective constitutional order and of the peculiarities of the respective juridical and institutional system. This is the case in Luxembourg, for example, where it is duty of the Council of State to examine the constitutionality of all bills and proposed amendments presented to the Chamber of Deputies. It is also the case in Finland, where the President of the Republic and the "Council of State" may ask for a prior opinion from the Supreme Court or the Supreme Administrative Court before a bill is presented to Parliament, or before the President promulgates an act of Parliament (although such action is relatively rare in practice). The Parliamentary Committee of

Constitutional Law also plays an important role in Finland in the interpretation of the Constitution and the control of constitutionality; in fact, the positions which this Committee adopts are vested with a great deal of authority. In the case of Ireland, the Constitution also grants the President the power to ask for the Supreme Court's opinion on the constitutionality of acts passed by Parliament. Such an opinion is considered to be binding (although here again, this procedure is very rarely followed). On the other hand, and still in relation to Ireland, it should be said that the control of constitutionality exercised by the courts in general, and by the Supreme Court in particular, ends up being of a similar nature and force to the control carried out by a Constitutional Court, as a result of the contents of the respective decisions on the particular issue, and by virtue of their force as a precedent (*infra*, 2.1 and 3).

1.2. *Modalities and procedures of the control of constitutionality.*

a) In this particular matter, a first fundamental distinction must be made between *preventive* control (before the juridical rules have come into force) and *successive* control (when the rules have already become part of the system).

In those countries where constitutional jurisdiction is institutionalised in a Constitutional Court or similar institution, the first type of control (preventive control) is, in principle, the only one recognised in France (with the exception of the possibility provide for in Art. 37, para. c) of the Constitution). This covers the (obligatory) control of "organic laws" and the "statutes" of the Houses of Parliament and the (optional) control of international agreements and parliamentary acts (on the initiative of the President of the Republic, the Prime Minister or the President of either Houses or even, in relation to the latter, by 60 deputies or senators).

In Portugal, Austria, Italy and Spain, a form of preventive control is also expressly enshrined in the Constitution. In Portugal, such control applies to all statutes with legislative force or equivalent and on whatever grounds (international conventions, laws, decree-laws and regional legislative decrees). In Austria, Italy and Spain this form of control is much more limited in scope, since it is only recognised with regard to questions of the division of powers between the Federation and the federated States (Austria), regional laws reapproved by the respective assembly after they have been opposed by the Government (Italy), or international treaties (Spain, where the possibility of preventive control of

statutes of the “Autonomous Communities” and of “organic laws” disappeared after 1985). On the other hand, the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany has also recognised, even without an express text, the preventive control of laws designed to approve international treaties.

Still in the context of preventive control, one should include the specific procedures for checking on constitutionality which were mentioned at the end the previous section (*supra*, 1.1). To the cases mentioned therein should be added that of Belgium, where the Council of State is called upon to express a prior opinion on the text of proposed laws and decrees, without there being anything to exclude the respective examination from covering the question of constitutionality.

There are not therefore many cases in which a preventive control of juridical rules is permitted. The *successive* control of constitutionality is, however, more widespread — being especially common in systems which have an institutionalised constitutional jurisdiction.

b) With regard to this type of control, a distinction is usually made between *abstract*, *direct* or *mainstream* control and *concrete* or *incidental* control. As is generally known, the former takes place independently of whether the rule is applied to a specific case or not, whereas the later occurs with regard to the application of the rule.

It can be said that in juridical and constitutional systems without an institutionalised constitutional jurisdiction (i.e. without a Constitutional or equivalent Court) successive control, in so far as it is permitted, is by its very nature a form of concrete or incidental control (*Nichterliches Prüfungsrecht*, *judicial review*). The possibility of “direct” control of infra-legislative rules (viz. most regulations) that is recognised in some of these systems will be overlooked for the moment.

Where this distinction is in fact really evident is in those systems which have an institutionalised constitutional jurisdiction. It can be said that in almost all of them the two types of control are recognised, although to different extents and with varying degrees of importance. The case of Yugoslavia is an exception in that control seems to be considered as being “abstract”, even when this control is requested on the initiative of a Judge or of the Public Prosecutor in relation to a concrete case. (For the moment we shall ignore the case of France referred to in the previous part of this section, which is given special consideration below (*infra*, c.).

In the case of *abstract* control, it must be particularly stressed that the initiative for instigating the respective procedure is usually reserved to certain specific bodies and *public entities* or *official social organisations*. Once again Yugoslavian law is an exception, this time in two ways: firstly, because it recognises that the right to this initiative is extended to all citizens (popular action), even though this right is subject to a prior judgement on its admissibility to be given by the Constitutional Court (which does not apply when the initiative is taken by public entities or bodies); secondly, since it recognises that such an initiative (*ex-officio*) can be taken by the Constitutional Courts themselves (that of the Federal Socialist Republic of Yugoslavia and those of the Federated Republics and Provinces).

Furthermore, in relation to the question of abstract control, it should be stated that some systems establish a *time limit* within which such control should be requested, after which control of the corresponding rules may only take place by other means (mostly, by concrete control). This is the case in Italy (with time-limits of 30 or 60 days, to be counted from the date of publication, in which one Region may challenge the laws of the Republic or of another Region), in Spain (three months after publication of the law), in Turkey (10 days or 60 days, to be counted from promulgation of the law, depending on whether the irregularity is of a formal nature or not) and in Poland (five years, to be counted from the date of publication or approval of the statute, as may be the case).

In the case of *concrete*, or *incidental* control, in most juridical and constitutional systems with an institutionalised constitutional jurisdiction, this is carried out through the mechanism known as the "prejudicial question" of constitutionality, which is referred to the Constitutional Court by the court dealing with the case. In some systems (Austria, Poland) such referral takes place whatever the nature of the rule whose constitutionality (or legality) is being called into question. In other systems, it occurs only when the contested rule is part of a law or decree with legislative force or equivalent (Federal Republic of Germany, Italy, Spain), which allows it to be said that the intervention of the Constitutional Court in such a case is also justified as being in "defence of the law". In this later type of situation, most courts in general are responsible for exercising concrete control of the constitutionality of the remaining juridical rules, chiefly those with an infra-legal force.

The prior conditions for referring the "question of constitutionality" to the Constitutional Court in the various systems, are to a large extent in agreement

on one fundamental point: that of the relevance of the rule to the case being decided upon by the respective court. The existence of such relevance is controlled, at least in some systems, by the Constitutional Court itself (as is the case in Italy, Spain, and Turkey; and, in a similar way in Austria, although here limited to a “control of evidence”). There is, however, an important difference between the methods adopted in the Federal Republic of Germany and those of the other systems already referred to. In the later, the question is referred to the Constitutional Court whenever there is any reasonable “doubt” as to its constitutionality, whereas in the former case this will only happen when the respective court reaches a result of “unconstitutionality” (monopoly of the negative decision). It should further be said that the different systems also diverge on the question of which courts are empowered to refer the question of constitutionality to the Constitutional Court: while in some this possibility is open to all and any court (e.g. the Federal Republic of Germany, Italy, Spain), in some others it is open only to the Supreme Courts and Appellate Courts, when “laws” are being questioned (e.g. Austria). In yet other countries, this possibility is extended to higher administrative courts (Poland).

A different scheme from that of the “prejudicial question” is the one which is enshrined in the Portuguese system. In this country, the power (both official and unofficial) to exercise control over the constitutionality of all and every kind of juridical rule is recognised for all courts, it being the *duty* of the courts to refuse the application of rules which they consider to be unconstitutional, in the concrete cases submitted for their judgement. The concrete control of rules is therefore incumbent in the first instance upon the courts in general.

There can, however, be an *appeal* to the Constitutional Court against the decisions made by these courts on the “question of constitutionality”. Such an appeal is *obligatory* (and must be lodged by the Public Prosecutor) when the rejected rule is part of an international convention, a legislative act or a law promulgated by the President of the Republic. When the “question of constitutionality” has been raised by one of the parties in the case, but has been disregarded by the court in question, then that party may also appeal to the Constitutional Court, once the ordinary channels of appeal have been exhausted.

c) A specific form of normative control, which does not fit into the distinction between abstract control and concrete control, is the control instigated by the *individual petition* of private citizens and made directly to the Constitutional

Court, such as is provided for in the Austrian system. This may take place in cases where a law or regulation has an immediate effect on a citizen (i.e. independently of its application by means of a judicial or administrative act). It is, however, considered subordinate to the “principle of subsidiariness” (i.e. it is only admitted when there is no other form of appeal open to the interested parties).

This form of control is close to that of the normative type exercised through the process of a “constitutional complaint” (Staatsrechtliche — Beschwerde, Verfassungsbeschwerde). In Swiss constitutional law, it is precisely by means of this procedure that the Federal Court basically exercises control of the constitutionality of juridical rules. The “constitutional complaint” can be made directly against a normative (cantonal) act, as well as indirectly against an act which applies it. Nonetheless, the principle of subsidiariness is also enforced in this case.

Similarly in Federal German law, normative control may take place through the process of a “constitutional complaint”. In this case also, the complaint may be made inclusively against laws and other juridical rules, once certain strictly defined prior conditions have been established (viz. that of the immediate and present force of such rules). Furthermore, in Austrian law a similar process may give rise to a control of constitutionality, but in the form of “concrete control” on the initiative of the Constitutional Court itself.

d) In addition to the procedural types of normative control which have been mentioned, such control may also occur, *incidentally*, in other proceedings of constitutional jurisdiction. This may well happen, for example, in proceedings aimed at resolving *conflicts of powers* between different State organs or in federal or *quasi-federal litigation*.

1.3. *Extent and object of the control*

a) Legislative acts and other juridical rules:

Within the scope of this present report, it is fundamentally important to consider the jurisdictional control of the constitutionality of *legislative acts* and other rules with *legal force* or equivalent. This possibility is recognised in almost all the systems under consideration, with the following peculiarities and exceptions:

— In Holland, Luxembourg and Finland (countries which do not have a specific constitutional jurisdiction) such form of control is not recognised;

the control of infra-legal rules (a "law" in its simply material sense) is, however, recognised. In Finland this is expressly provided for in the Constitution.

- In Ireland, the *judicial review* of post-constitutional laws is reserved for the Supreme Court and the High Court.
- In Switzerland, the control of *federal law* is excluded, as is any abstract control of other *federal* rules or regulations. (The control of the latter may, however take place incidentally, especially on appeal by the administration). Control therefore essentially relates to *cantonal* statutes.
- In Belgium, the control exercised by the Court of Arbitration, although it extends to laws and other legislative acts (decrees), is nonetheless limited to questions relating to the division of powers between the State, the Communities and the Regions. On the other hand, the traditional jurisprudence of Belgian law does not usually recognise the power of most courts to control legal rules. (This question has, however, lately been subject to review, as a result of a decision of the Court of Cassation in 1974).
- In France, control of the constitutionality of a legislative act is basically related to the above-mentioned preventive control, since contingent jurisprudence does not permit it to be exercised by ordinary and administrative jurisdictions.
- In Turkey, the legislative acts which are excluded from litigious control (by the Constitutional Court) are those which form the basis of the Kemalist Revolution, those published by the National Security Council between 1980 and 1983, and the legislative decrees of the Council of Ministers during a state of emergency or siege.
- Finally, in Poland the jurisdiction of the Constitutional Court is restricted to those laws (and other normative acts) which were introduced after the revision of the Polish Constitution in 1982.

A special mention is reserved for control of *international conventions*, which is expressly recognised in some systems, in varying forms and degrees (Austria, Spain, France and Portugal) and clearly excluded in others (Holland and Poland).

Lastly, and in relation to those systems which have a specific constitutional jurisdiction, it should be mentioned that the respective mechanisms and procedures are not always exclusively tied to control of the constitutionality of the *law* (nor even to control of *constitutionality*).

Thus:

- In the Federal Republic of Germany, *abstract* control can be applied to any juridical rules, and both this control and concrete control can be extended to deciding upon the compatibility of *Länder* law with federal law.
- In Portugal, the jurisdiction of the Constitutional Court extends to the (abstract or concrete) control of the constitutionality of any juridical rules, and further includes control of a specific form of “legality” (that which relates to the rules governing the distribution of legislative powers between the State and the Autonomous Regions).
- In Austria, constitutional jurisdiction includes the control of laws and regulations (including internal regulations and any kind of general provisions). With regard to the latter, this includes not only control of their constitutionality, but also control of their legality. The situation is similar in Yugoslavia (where the jurisdiction of the Constitutional Courts extends to the control of the constitutionality of legislative acts, other general juridical acts and the general acts of self-governing bodies, as well as to control of the legality of the latter two types of act), and in Poland (where control extends to other normative acts, in addition to legislative acts, and to the simple “legality” of such acts).
- Finally, in Spain and France, control of constitutionality is expressly provided for with respect to the “decrees” of the parliamentary assemblies.

b) Precept and rule

In certain juridical and constitutional systems and in the jurisprudence of some Constitutional Courts, the question has been raised of deciding whether it is the *precepts* or legal *clauses* (the “text” of the law) or the *rules* which they encompass, which are the object of control of constitutionality. The first interpretation is applied by the Spanish Constitutional Court, which considers that

control of the “applications” of legal precepts is outwith its jurisdiction. Italian jurisprudence (and legal doctrine) appear, however, to apply an opposite interpretation, since it considers cases of merely *partial* unconstitutionality of a precept (although it nonetheless always relates its decisions to a certain law or article of law).

In the other national reports, no reference is made to this specific problem. Only in the Portuguese report is a matter referred to with a certain degree of parallelism, which is that of knowing what should be understood by the term “rule” for the purposes of constitutionality control (since the Portuguese Constitution expressly imputes this control to “rules”). The understanding of the Portuguese Constitutional Court has been that this concept must be taken in a “functional” sense, so that purely administrative acts, judicial decisions and “political” acts are to be excluded from it, but not legal “precepts” with an individual and concrete content and, in general, any “rules of conduct” or “decision-making criteria” for private individuals, for the Administration or for the judge.

Whatever is the most correct answer to the question of the proper theoretical framework which we began by expressing, two facts seem clear: on the one hand, the control of “rules” must always be based on a “text” or a (legal) “precept” which will function as a support for such rules; on the other hand, this does not impede the fact that the possibility of simple *partial* unconstitutionality, even those of a “qualitative” nature, is (it may be said) universally recognised (*infra*, 2.2).

c) *Legislative omissions*

Only in three of the constitutional systems considered is control of the constitutionality of legislative omissions *expressly* provided for: this is the case of the Portuguese, Yugoslavian and Polish systems. In the first, the Constitution establishes the possibility of the President of the Republic, the Ombudsman or the presidents of the regional assemblies (when the rights of the regions are in question) requesting that the Constitutional Court “*check* as to the fact that the Constitution is not being complied with through the omission of the legal measures necessary” to make certain of its rules enforceable. In the second, it is recognised to be part of the unofficial jurisdiction of the Constitutional Courts that they have the power to draw the attention of the corresponding assemblies to the obligation of issuing legal rules or rules of any other kind for the enforcement of

the Constitution or the law. This ability has in fact even vaster scope, since the Yugoslavian Constitutional Courts are generally attributed with the power and the duty of accompanying facts and situations which are of interest for the realisation of constitutionality and legality, as well as the general power to present "proposals" to the assemblies for the passing and alteration of laws. In the Polish system, a similar unofficial jurisdiction is envisaged for the Constitutional Court to present opinions to Parliament as to existence of certain lacunae, the elimination of which is considered to be indispensable for ensuring the coherence of the respective legal system.

Nonetheless, the question of legislative omissions is not unknown in other systems, nor is the possibility of the respective jurisdictional bodies of normative control appreciating the existence of such omissions totally excluded, consequently resulting in unconstitutionality (c.f. the national reports of the Federal Republic of Germany, Austria, France, Ireland, Italy and Turkey). In these cases, however, such omissions may be said to be "relative", i.e. they are omissions in relation to a certain law or legal precept, arising in view of the incomplete nature thereof. Such incompleteness may serve as grounds for considering the law or precept in question to be unconstitutional. (In French report, the example is given of a law in which the legislator did not exercise his full powers; but the situation most commonly mentioned is that of the legislator not considering situations which are similar to the ones he is appreciating, with consequent violation of the principle of equality). In the context of normative control therefore, the problem which has just been mentioned is basically concerned with that of the "contents" of the respective decisions, and will be discussed later on (*infra*, 2.2). It only needs to be added here that the jurisprudence of the Austrian Constitutional Court seems to be the most radical in this particular matter, since it considers that the omissions in question, while being relevant, have only one possible sanction, which is to declare the corresponding precept to be unconstitutional.

A specific situation relating to the problematical nature of "legislative omissions", is that which may result purely and simply in the repeal of a law which is necessary for the enforcement of constitutional rules or to guarantee the requirements of the Constitution. Both the Portuguese Constitutional Court and the French Constitutional Council have already pronounced judgement on cases of this nature, and have concluded that the revocatory rule is unconstitutional.

1.4. *Standards or parameters of control*

Naturally, it is the Constitution itself which has to serve as a standard or parameter for the judgement of “constitutionality”. It is also equally natural that, whenever constitutional jurisdiction includes the control of “legality” (of overall legality or of a certain form of it), the standard or parameter for the corresponding judgement will have to be those rules which are immediately superior in the hierarchy and whose observance one is attempting to guarantee (*c.f. supra, 1.3, section a*).

With regard to the first of the respective parameters — the only one which will be considered in this report — some complementary observations need to be made.

Thus, it should firstly be said that, in most systems, the standard adopted for the judgement of constitutionality is the Constitution as a whole — both in regard to the rules it lays down for jurisdictional powers and legislative procedure, and also with regard to its material principles and the values which they incorporate. In this respect, it is especially important to mention the development in the jurisprudence of the French Constitutional Council in recent years. This has come to confer a previously unrecognised “effectiveness” to “open” principles (e.g. the principle of equality) or to “indeterminate” concepts (e.g. that of the “public good”) as expressed in the Constitution, and a similar development can be noted in Austrian Constitutional jurisprudence.

One exception to this general trend in jurisprudence is Belgian law, where the jurisdiction of the Court of Arbitration is limited to the control of the observance of the constitutional rules regarding legislative powers, as was said above (*supra, 1.3, section a*).

On the other hand, the fact that the general rules and principles of the Constitution serve as the standard for the judgement of constitutionality, does not exclude the possibility that certain circumstances or procedural questions (the nature and the object of the lawsuit or the limited legitimacy of the body bringing it) may limit the range of constitutional precepts and principles which can be considered in any actual concrete case.

Examples of such situations are to be found: in the abstract control of the Portuguese Constitutional Court, instigated by governing bodies of the autonomous regions (which may only be based on violation of their rights); similarly, in the normative control carried out by the Constitutional Court of the Federal

Republic of Germany in cases relating to conflicts of powers; in the preventive control of the Austrian Constitutional Court (*supra*, 1.2 a); or yet in the control carried out by both the German Constitutional Court and the Swiss Federal Court in cases of a “constitutional complaint”, which is restricted to violation of the “individual rights” of citizens (although this is not so in similar cases in Austria).

A second observation which should be recorded is that, in some reports, mention is made that parameters of constitutionality can be “extended” beyond the rules and principles outlined in the “formal” Constitution. This is specifically the case of the “block of constitutionality” defined by the French Constitutional Council, and which includes not only the principles outlined in the preamble to the Constitution, but also “the general legal principles of constitutional value” and the notion of “objectives of constitutional value”. Additionally, there is the case of recognition of “implicit constitutional rules” by the Italian Constitutional Court; the appeal allowed by the Turkish Constitutional Court to the “general principles of law recognised by civilised nations”, and also the consideration given by the Swiss Federal Court to the guarantees and the rights of the European Convention on Human Rights. In the same context, one may perhaps also refer to the control of legislative rules in a material (non-parliamentary) sense, which is exercised by the Dutch courts in the light of “general principles of law”.

A third observation is that the standard of constitutionality can also be “extended” to include rules which are non-constitutional in force or which have no connection with the principles and rules of the Constitution. This is the phenomenon of so-called “intermediary rules”, especially recognised by Italian doctrine and jurisprudence, which considers as such the laws of legislative delegation, the “fundamental principles established in the laws of the State” (which are relevant for the definition of the legislative powers of the regions) and “the rules of general international law”. Similar consideration is given to the latter rules in Turkey. In parallel terms one should also consider the “block of constitutionality” referred to by the Spanish Constitutional Court, as a basis for the distribution of legislative powers between the State and the Autonomous Communities. In addition to the pertinent rules of the Constitution, the statutes of the different Communities are also considered to be part of this “block”, as are the laws which impose limits on such powers within the framework of the Constitution. The problematical nature of intermediary rules has also been the subject of frequent consideration by the Portuguese Constitutional Court, with regard

to the specific question of the importance of international treaties as a standard for the control of "constitutionality". (According to the prevailing doctrine, such treaties have a supra-legislative force in Portugal, by *right of the Constitution*). The jurisprudence of the two sections of the Court is radically divided over this question.

Finally, a fourth observation which should be borne in mind and one which is stressed in the Italian national report — is that of possible importance of ordinary law itself, both as an indicator and a stabilizing force in the interpretation of the Constitution and as a third comparative in judgements on the question of constitutionality made in the light of the "principle of equality" — something which is becoming more and more frequent. This latter theme is, however, already connected with that of the "contents" of decisions. (*infra*, 2).

2. *Contents of decisions*

In the systems which were considered, two basic models are provided for the control of the constitutionality of juridical rules: that of *diffuse* control by the courts in general and that of *concentrated* control by constitutional or similar courts (*supra*, 1.2, b). Thus, the first distinction which should be made is between the contents of decisions in the two cases. In concentrated control, the decision deals *directly* with the question of constitutionality and incorporates the corresponding judgement in its text. In the model of diffuse control, however, the decision is aimed at immediately resolving another juridical question (the "main issue") which has been submitted to the court and, in general, a judgement on the constitutionality of the rule will only be based on the *grounds* of that decision. Such a judgement will only affect the "application" or "non-application" of this rule to the concrete case.

A deviation from this rule is, however, to be found in the Irish system, where the first of the two models is the one followed (and where furthermore the power of *judicial review* is expressly recognised in the Constitution). In the case of unconstitutionality, the most usual procedure in Ireland is for the court to make a corresponding formal *declaration* (although there are also cases in which such a judgement is only incorporated in the grounds of the decision).

It should also be noted that in Portugal, notwithstanding the setting up of the Constitutional Court, the power to control rules is still maintained for the courts in general (*supra*, 1.2, b) and that naturally the decision of the latter will result in the "application" of the rule in concrete cases.

On the other hand, it should also be said that, even in cases brought before the Constitutional Court, there are nonetheless situations in which these courts do not make a direct decision as to the constitutionality of a rule, but simply incorporate the corresponding judgment in the grounds of another decision (with the consequent result that such a judgment does not therefore have the effect that the direct decision would have). This is the situation with regard to cases of “constitutional complaints” brought before the Austrian Court and may also happen in identical cases brought before the German Court and the Swiss Federal Court. (In the latter instance, this happens when the complaint relates to the application of the law).

The following sections of this report will be concerned basically with *direct* decisions as to the question of constitutionality.

2.1. *The simple or extreme types*

These types refer obviously to a decision made purely and simply as to *unconstitutionality* (decisions of “favourable acceptance” in the Italian terminology) or to a decision which has an *opposite meaning and scope* (decisions of “rejection” in that same terminology). In either case the judgment is a simple one, made without reservations or the imposition of any conditions. The respective contents are not, however, precisely the same in all systems and situations.

a) With regard to decisions in favour of *unconstitutionality*, above all else such decisions incorporate a “*declaration*” or “*pronouncement of unconstitutionality*”. However, it is immediately necessary to distinguish as to whether these decisions were proffered in terms of preventive control or successive control. In the former case, the contents of such a decision will be in favour of preventing the rule coming into force; in the second case, the decision will generally determine that the rule should be stricken from the statutes of the juridical system.

Limiting ourselves exclusively to the question of successive control for the moment, it should be said that above-mentioned effect is produced, in principle, both in the context of concrete or incidental control (the question of constitutionality) and in the context of abstract or direct control. The case in Portugal is an exception, since, by virtue of the particular nature of the respective system of control and in the context of concrete control, the Constitutional Court is simply called upon, through the lodging of an appeal, to “review” (only in relation to the “question of constitutionality”) a previous judicial decision as

to the application or non-application of a rule. The Court has therefore simply to confirm the decision ("rejection of the appeal") or revoke the decision ("granting the appeal"). Thus, when the Court (either agreeing or disagreeing with the decision which is being appealed against) decides in favour of unconstitutionality, it simply limits itself to "considering the rule to be unconstitutional" and incorporates this judgement in its decision on the appeal.

The way in which the "abrogatory" effect of the rule is regarded in the different systems is not, however, identical. In some, declaration of "nullity" of the rule is added to the above effect (Federal Republic of Germany, Turkey and Spain. In the latter country, the effect of "derogation" is further added, in the case of preconstitutional rules). In other systems, an effect of "revocation" is in principle added (Austria, where nonetheless if international treaties or already revoked statutes are in question, a simple "declaration of unconstitutionality" is made). Other systems add an effect of "annulment", which is sometimes classified as intermediate (Italy, Belgium). In Yugoslavia, in the case of infra-legal rules, the declaration speaks of "annulment" or "revocation". Finally, in Portugal, the Constitution and the law refer only to the "declaration of unconstitutionality". The importance of these differences with regard to the time effectiveness of the decisions is analysed below (*infra*, 4).

The Yugoslavian and Polish systems need to be considered separately. This is because in these two countries the declaration of unconstitutionality or "non-conformity" of the rule does not always or immediately bring about its abrogatory effect. In Yugoslavia, when rules which have the force of a "law" are in question, the decisions of the Constitutional Courts are communicated to the respective assembly so that it may re-establish constitutionality (by repealing or altering the rule or rules in question) within the space of 6 months (a period which can be extended in certain cases). Once this period of time has expired, and only if inertia has been shown by the assembly, can the appropriate Constitutional Court make a *second decision* designed to terminate the validity of the rule. In Poland, all decisions which establish the "non-conformity" of rules are referred back to the bodies which originally produced such rules. The latter must then decide whether they are rules of law or parliamentary decree or whether they are another kind of rules. In the first case, Parliament must decide either to repeal or alter the law or else to revoke the Court's decision (by the majority normally required for revisions of the Constitution). In the second case, the body which produced the rule is required to either repeal or alter the rule within 3 months,

failing which the rule will automatically lose its obligatory effect.

Further in relation to decisions of “unconstitutionality”, it should be said that, generally speaking, their contents (and scope) are limited by the subject-matter of the “request”, in the context of abstract control (in keeping with the hallowed principle “do not judge more than has been asked”) and by the “question of constitutionality” in the context of concrete control. It can therefore be said that when only one part of a statute (a paragraph or a clause) has been queried, the respective decision of “partial” unconstitutionality corresponds in the final analysis to a “simple” decision.

The “principle of the request” usually extends only to the “subject-matter” of the decision (the contested rule), and not to the grounds for deciding on unconstitutionality (rules or principles which have been violated). The law of the Portuguese Constitutional Court, for example, is explicit on this point. However, the principle is sometimes extended further, as seems to be the case in the Swiss system, if we have correctly understood the respective national report.

Such a principle is not, however, recognised without some exceptions. Thus it can be said that it is not in force either in Yugoslavia or in France (in this case, naturally, in the context of preventive control) and that there are two important limitations: in the Federal Republic of Germany (the decision can be extended to include other clauses of the “same” statute, which will be declared unconstitutional on the “same” grounds) and in Austria (when unconstitutionality results in the violation of a rule governing jurisdictional powers or form). Similarly, the law in Spain provides for the decision to be extended further for reasons of “relationship or consequence”, and an identical declaration of the “consequences” of unconstitutionality is recognised in Italy.

b) With regard to those decisions which are made *against the unconstitutionality* of a rule, it is fundamentally important to recognise that, in their most frequent and usual form, they are a purely “negative” nature (as the Swiss report states) and are either expressed in a “*non-declaration of unconstitutionality*” (this is the Portuguese formula in the context of successive abstract control; and a similar procedure is followed in Yugoslavia) or else more simply in a “*denial of admissibility*” (rejection) of the claim, appeal or the question of constitutionality (e.g. in Switzerland, Spain, Italy, Belgium, Ireland, Austria). What the Courts do not do in either of the two variants is to make a “positive” declaration of “constitutionality” of the contested rule or law. Only in an “indirect” manner may the

corresponding judgment be said to result from the decision (as is stressed in the Yugoslavian report).

There are, however, some situations and systems in which such a positive declaration of *constitutional conformity* or of *non-unconstitutionality* is made. Such is obviously the case in the preventive control of the Irish and French systems (although it is not the case in Portuguese preventive control) (*supra*, 1.1 and 1.2, b); and is similarly the case in Federal Republic of Germany, Poland and Turkey (although in these cases in the context of successive control).

It must be stated immediately that the above-mentioned distinction is not without certain juridical consequences, since it is to a large extent matched by the various material and procedural effects of the decisions (particularly with regard to the extent of their preclusive effect). This is referred to below (*infra* 3).

2.2. *The intermediary types*

The decision made on the question of the constitutionality of juridical rules will almost inevitably refer “formally” to one of the simple alternatives mentioned above. Despite this obvious state of affairs, the fact remains that, under this pretext and sometimes actually destroying this scheme of two possible alternatives, constitutional jurisprudence has continued to develop “intermediary” models or types of decision, i.e. situating itself “substantially” (and sometimes even “formally”) between the two extremes already described.

Although it can be said that this is an entirely generalised phenomenon, it would not be too wide of the mark to say that it has its deepest roots in the general awareness of the fact that a decision of unconstitutionality always implies, in the final analysis, a “de-authorisation of the legislator” (*contempt of Parliament*), which immediately reveals the extent of its “seriousness”. It can further be said that such a decision may sometimes bring with it, right away, certain difficulties, especially of an institutional nature, which cannot be disregarded. It is therefore easily understood that to a greater or lesser extent in all of the systems, jurisprudence has been quick to adopt “decision-making techniques” which make it possible to avoid such a result, when this is not absolutely necessary.

a) The first of these techniques is that of *interpretation in conformity with the Constitution*. As is generally known, this means reinterpreting the rule,

denying it the meaning or meanings which would lead to its being considered unconstitutional and perhaps attributing it with another meaning which is compatible with the Constitution. As is written in the Austrian report, this is a procedure which may well lead to a sub-category of “systematical and teleological interpretation” of law and this basically explains its “universal” acceptance (sometimes under a specific denomination, such as the “neutralising interpretation” in France). It is also curious to note that this method has extended even to systems in which the judicial control of the constitutionality of the “law” is either wholly or partially forbidden. In such cases it functions as a kind of “compensation” for the absence of such control: e.g. in Switzerland, with regard to cantonal laws, and recently in Finland.

The technique of “interpretation in conformity” obviously leads to decisions in which the contested rule is not considered unconstitutional: *interpretative decisions of rejection*, in the Italian terminology. Generally speaking, these are decisions whose meaning and scope is ascertained from their respective “grounds” and by referring (“specifically” or not) the “contents of the decision” or the “mechanism” of the final judgement back to those grounds. However, there are cases in which the “interpretation in conformity” is actually extended to the “mechanism” itself: this is the case, for example, in the preventive control of the French system and is also part of the practice of the Spanish Constitutional Court.

Two kinds of problems are, however, raised by the “technique” under consideration. Such problems have to do with the scope and the limits of the powers of constitutional courts in relation to the legislator on the one hand and, on the other hand, in relation to the courts in general.

These problems are mentioned in several national reports.

With regard to the first of these two problems, it can be said that, generally speaking, interpretation in conformity with the Constitution has its limits in “the letter of the law and the clearly expressed wishes of the legislator” (German report); it should “respect the economy of the law” (Belgian report) and cannot lead to the “reconstruction of a rule which is not explicitly expressed in a text” (Spanish report). Within these common guidelines, different stresses can be picked out with regard to the application of the method: c.f. the Swiss report, (which speaks of the special commitment of the Federal Court to try to find an “interpretation in conformity”) and the Irish report (which speaks of a “presumption” of “interpretation in conformity” in the case of post-constitutional

laws and an opposite “presumption” in the case of pre-constitutional laws); in relation to this question, c.f. also the Austrian report.

With regard to the second problem, this derives from the fact that “interpretation in conformity” is not the “monopoly” of the constitutional courts (Austrian report) and that the interpretation of the law is primarily the task of the “common” courts. This is why it is questioned whether it is lawful for the constitutional courts not only to dismiss interpretations which are at variance with the Constitution, but also to impose their own interpretation of the law. The jurisprudence of the German and Austrian Courts supports the first interpretation. In a more general sense, however, it seems that actual practice lags some way behind such guidelines. In addition to the Austrian report, special attention should be paid to the Italian, French and Portuguese reports with regard to this matter. In the Italian report, mention is made of two types of “interpretation in conformity”: one according to the “law in force” (i.e. according to the interpretative guidelines laid down by the courts in general, and by the Court of Cassation in particular) and the other whereby the Constitutional Court defines its own particular interpretation. In the French report, it is pointed out that in cases where the constitutionality of a text has been based on “a neutralising interpretation”, this acquires an “obligatory quality”. In the Portuguese report it is stressed that the actual Law of the Constitutional Court establishes that, in the context of concrete control, the “interpretation in conformity” made by the Court is obligatory for the remaining courts involved in the case in question.

b) Another type of “intermediate decisions” which is generally recognised is that of the declaration of a *partial unconstitutionality*, i.e. in relation to decisions in which only a part of the statute contested in the petition (or in the “prejudicial question”) is considered to be unconstitutional. This may be a part corresponding to one of the clauses” of the statute, or it may simply correspond to a sentence or phrase in the respective text (“horizontal” or “quantitative” partial unconstitutionality). Alternatively, the part may correspond to a certain extensive section of its statutory contents (to a “rule” that may be extracted from it) and which may be called “qualitative”, “ideal” or “vertical” partial unconstitutionality. It is important to stress this second type of decision (which is also generally accepted). Corresponding formally to the “reverse” of the “interpretation in conformity”, it is nonetheless based on a similar methodological treatment of the contested statute (as is pointed out in certain national reports)

and is guided by identical concern for dismissing its possible unconstitutional meanings. Hence, the difference is that, in the context of “partial unconstitutionality”, this result is obtained by judging the statute to be unconstitutional “insofar as” or “inasmuch as” or “in the part in which” it incorporates a certain meaningful content or a certain applicable dimension. Such are the decisions which Italian legal doctrine designates as decisions which “*interpret favourable acceptance*” (when “partial” unconstitutionality is defined by “referring” the ruling mechanism back to its respective “grounds”) or as decisions which *interpret partial acceptance* (when the corresponding “declaration” is part of that actual mechanism).

As these decisions are “symmetrical” with decisions that give “an interpretation of rejection” (or with decisions that give “and interpretation in conformity”), but nonetheless have an identical scope, it can easily be understood that the choice between one kind of decision and another depends in the final analysis on a “prudential judgment” (if not on a judgment of “opportunity”) by the Courts. In this respect, one should study the Italian, Portuguese and Spanish reports, and in particular, the reference made by the first two to a particularly important topic in this context, namely that of the general binding force of decisions of *partial unconstitutionality*, in comparison with decisions based on an “interpretation in conformity” (inasmuch as they are decisions involving a simple “rejection” of the claim) (*infra*, 3). This explains why the practice of the Italian Constitutional Court now gives prevalence firstly to judgments which gives an “interpretation of favourable acceptance”, and then judgments of “partial acceptance”.

It becomes clear from these various explanations that a problem can be raised in the context of decisions of “partial unconstitutionality”, which is parallel to the problem raised by “interpretation in conformity” with regard to the extent to the powers of the Constitutional Courts in relation to the legislator. The problem is that of deciding whether the “modification” of the statute which these decisions necessarily imply, is admissible in this light.

However, such decisions particularly raise the more general problem of the “separability” of the part of the statute which is considered to be unconstitutional. This question of “separability” relates not only to the initial meaning and scope of the statute, but also and immediately to its functionality. It is especially important in this respect to mention the powers conferred on the French Constitutional Council to “determine” by itself if such separability is possible or

not, and to what extent. (Such decision having natural consequences relative to the powers of the President of the Republic to promulgate laws).

c) Although “interpretation in conformity with the Constitution” and “partial unconstitutionality” are “techniques” which are generally practised, the same cannot be said for other “intermediate” types of decision, such as *appellative decisions* and those of a mere “recognition” of unconstitutionality which have been developed by the German Constitutional Court.

The second of these latter types of decision has meanwhile become a part of the actual Law of the Federal Constitutional Court.

In the case of “appellative decisions”, the Court considers that a law or juridical situation is not “yet” unconstitutional, but in making this declaration it also makes an “appeal” to the legislator that he should modify this situation and may eventually give him a limited period of time in which to do this. In the case of decisions of a “mere recognition of unconstitutionality”, the Court “declares” that the rule is unconstitutional, but does not add to this declaration that it should correspondingly be considered “null and void”.

At the base of such types of decisions, there are a number of reasons stemming, on the one hand, from a concern for avoiding a juridical or “political and constitutional chaos” or the creation of a situation which is even more incompatible with the Constitution. On the other hand, these reasons may derive from the idea of preserving the “constituent freedom” of the legislator, especially in cases of “legislative omission” (*supra*, 1.3 a). Occasionally, certain dogmatic considerations are connected with this latter idea, viz. the difficulty that exists in declaring a mere omission (or gap) in the regulations to be “null and avoid”. In those cases where the German Constitutional Court has opted for such a type of decision, it is frequently found that violations of the principle of equality were in question (resulting precisely from “omissions” by the legislator).

The general sense of all such decisions is basically that the Constitutional Court considers that “the present situation cannot continue”, but leaves it to the legislator to make “the political decision about the form which should be taken by future legislation”.

Despite the fact that the underlying reasons behind the type of decision which is made obviously be found in other systems, the fact remains that these same types of decisions have not succeeded in becoming generally accepted. In various national reports, it is stressed that the corresponding systems do not seem to

even permit such decisions. In this respect one should mention the Austrian and Portuguese reports which emphasise the powers that the respective Courts have in shaping the effects of decisions (*infra*, 3).

Nonetheless, it seems that the “appellative decisions” of the German Court are paralleled by certain rare “admonitory decisions” (*sentenze monito*) of the Italian Constitutional Court (decisions of “rejection”, but essentially subject to certain conditions) which are then followed by a decision of “favourable acceptance” (the technique of a “double judgment”). Cf. also the Austrian report with regard to the question of “appellative decisions”.

d) At the same time one may speak of “appellative decisions” in a different sense, viz. those in which the Court, under the guise of a decision of unconstitutionality (a decision of “favourable acceptance” in the Italian terminology), also expresses a series of principles that a new law with the same subject-matter should contain, in order to be in conformity with the Constitution (unless the court itself makes a provisional ruling designed to substitute the one that has been declared unconstitutional — as is expressed in the Portuguese report). In certain cases, such decisions may also be classified as *constructive* (cf. the Spanish report).

The admissibility of these decisions is a highly problematical issue, in view of the essentially “negative” nature of the powers conferred on Constitutional Courts (abrogatory powers). References to such types of decisions are therefore rarely found in the different national reports. Nonetheless, one could perhaps quote certain decisions of the German Court, in which there was a mere recognition of unconstitutionality, and decision 53/85 of the Spanish Court relating to descriminalisation of abortion.

A situation is perhaps different from that of a “constructive” judgment, and which is more or less clearly recognised as such, is one which certain indications are extracted from the “grounds” for a decision of unconstitutionality to suggest future legislation about the respective matter, in conformity with the Constitution. Such a situation is mentioned for example in the Swiss and French reports, although they both stress the “restrictions” which are placed on the controlling bodies.

e) Some other specific varieties of decisions of the “intermediary” type remain to be mentioned.

The Austrian report designates certain decisions as being a *complement of the law*: in such cases, a statute is judged to be in conformity with the Constitution,

insofar as it should be considered wholly composed of certain immediately applicable constitutional rules. (Certain decisions of the Turkish Constitutional Court show a certain “structural” parallel with those decisions, although they have a different “substantial” meaning, e.g. when the Turkish Court, while “recognising the existence of unconstitutionality”, directly applied certain clauses of the Constitution in order to overcome the obstacle to its power of control, which existed in this particular case).

One may also consider as a specific form of “intermediary” decisions those in which the Spanish Constitutional Court imposed restrictions of “space” and the Portuguese Constitutional Court imposed restrictions of “time”, on the application of certain rules. However, these were basically decisions of “partial” unconstitutionality, *by reason of territory* or *by reason of time*.

2.3. *Decisions with integrative or substitutive effects*

From a “structural” point of view, these decisions are no different from decisions of “qualitative partial unconstitutionality” (decisions of “partial acceptance” in the Italian terminology). What is conveyed by such designations, however, is the specific “substantial” effects of certain of these decisions, which is expressed by an immediate (“self-applying”) extension or “addition” to rules contained in the statute which is considered to be partially unconstitutional, or even by “substitution” of the latter by another. Thus Italian legal doctrines makes special reference to *additive* judgments (by declaring a statute to be unconstitutional “to the extent that” it establishes an “exception” or “condition”, or “does not provide for” a certain situation) and *substitutive* judgments (by declaring a statute to be unconstitutional in the part or to the extent in which it establishes a certain set of rules “rather than” another). Examples of “additive” decisions by the respective Courts are also given in the Spanish and Portuguese reports.

This special reference is justified, since it is by reference to such decisions — frequently termed as “manipulative”, along with certain others — that the problematical nature of the legitimacy of decisions having a “modifying” effect on the juridical systems is fully revealed, and this has given rise to a corresponding debate about doctrine. The Italian report discusses this debate at some length, particularly with regard to the literature which has been written about the subject, and concludes that today such decisions are on the whole generally recognised, and that the real question is as to the limit of their admissibility.

In this respect, the report stresses that the decisions in question cannot “truly create new law on the same level as the legislature”, but that they “should be limited to specifying the rule which is already implied in the system” (such decisions are therefore a *rime obbligate* and are not decisions in which the Court has a constituent power identical to that of the legislator). They will thus be admissible when they “constitute the only conceivable mechanism, in the present state of the system, for reasserting the Constitution in the matter in question”. Whenever, instead of this, “there is more than one possible solution, and the choice between them only allows for options of a political nature“, then we are no longer faced with a question of constitutional legitimacy”.

3. *Effectiveness of the decisions*

3.1. The principal distinction is to be made between decisions whose *effectiveness is limited to the specific case in point* and decisions with *effectiveness “erga omnes”*. This concerns the varying scope of the effectiveness of the “mechanism” of the decision (a judgment of unconstitutionality or the opposite, or the corresponding “declaration”) and the effect which it may produce immediately (or not) on the juridical system (on the whole range of the respective rules).

The distinction is fundamentally concerned, on the one hand, with the “procedural nature” and the “structure” of the decisions, and, on the other hand, with their “content”. The grounds and explanation for this issues, therefore, arise from what was expounded (*supra 2 and 2.1*).

a) Thus, the majority of decisions issued in the context of “diffuse” control of constitutionality (in the use of an overall power of *judicial review*) naturally have an *effectiveness which is limited to the specific case*; an exception is constituted by the decisions in which the Irish courts (*viz.* the Supreme Court and the High Court) issue a “declaration” of unconstitutionality. Besides the same limited effectiveness is also produced by certain decisions made by the Constitutional Courts, who enjoy a simply “incidental” control of constitutionality (e.g. in cases of a “constitutional complaint”).

b) Conversely, concerning “direct” decisions on the constitutionality of juridical rules, issued in the context of “concentrated” control, it is important to distinguish firstly, whether they tend towards a decision of unconstitutionality, or otherwise, and secondly, whether they include the corresponding “declaration” or not.

In the case of the first type, we may say, with few misgivings that they have a *general binding effect* ("erga omnes") since, in principle, they include a formal "declaration" of unconstitutionality. This same does not occur, however, in the case of decisions made in the context of "concrete" control (questions of constitutionality) by the Portuguese Constitutional Court and the Belgian Court of Arbitration, which are therefore only *effective for the particular case*. (They pronounce a decision of "res judicata" in the case in relation to the latter question, having a binding force not only on the court to which the appeal was made or which raised the question, but also on all those who may become involved in the case). On the other hand, decisions made in the context of "abstract" control by the Polish and Yugoslavian Constitutional Courts only have a general "abrogatory" effect on the rule in the situations and conditions mentioned above (2.1).

As far as decisions of non-unconstitutionality are concerned they predominantly tend not to include any formal "declaration" of unconstitutionality or non-unconstitutionality, but merely limit themselves to the rejection of the claim or of the question of unconstitutionality. Consequently, the "general binding force" of the decision does not appear. When these decisions are made in the context of "concrete control", they will therefore have an *effectiveness which is limited to the specific case* (in Italy to the judgment *a quo*). When they are made in the context of "abstract" control, it can be said that they *do not produce a preclusive effect*. But the aforementioned predominant tendency involves significant variations and attenuations as will be seen latter.

Thus in the Federal Republic of Germany, the Constitutional Court "declares" in such cases in favour of the constitutional conformity of the rule under examination, such a declaration having an identical force to that of a declaration of unconstitutionality; the same occurs in Poland where the "declaration" of conformity has force of a "universally obligatory proconstitutional interpretation"; in Austria, the decisions in question have a general effectiveness as far as the questions of constitutionality examined are concerned (producing the corresponding force of a "res judicata" decision based on the respective grounds); in Spain the law provides for the fact that decisions of non-unconstitutionality produce a "preclusive effect" with regard to the examination of the same problem of unconstitutionality. However the exact scope of this clause has not been defined in terms of jurisprudence (concerning the situations to which it may be applicable). In Turkey, decisions of non-unconstitutionality made in the context

of concrete control, imply a judgment of “constitutional conformity” which means that the question may not be re-examined for 10 years. Finally, in Belgium, decisions rejecting appeals on the question of constitutionality (abstract control) are binding on the courts, with regard to the question examined.

c) The considerations contained in the preceding section are essentially concerned with decisions issued in the context of “successive” control, but it is thought that in principle they are applicable, *mutatis mutandis*, to decisions made in the context of “preventive” control, in those cases in which this is provided for (*supra*, 1.2 a). In several of the respective national reports the point was not even specifically considered. It was considered, however, in the Portuguese, French and Irish reports.

Concerning these three latter cases, the main point to be stressed is that preventive control decisions of *non-unconstitutionality* have a widely varying scope in Portugal and the other two countries. Whilst in Portugal they do not have any preclusive effect with regard to later examination of the rule, in France and Ireland they confirm “*erga omnes*” its respective “constitutional conformity” (in Ireland, a constitutional precept states this explicitly; in France, it is in keeping with the traditional principle of the refusal to undertake a *judicial review* of the laws).

On the other hand, with regard to *decisions of unconstitutionality*, if one can speak of a “general binding force”, it is important to note that its immediate specific effect is directed towards the body empowered to promulgate the law, in question, obliging the said body to veto that law. In these cases, however, there are differences between the Portuguese and the French systems. We may add that, in Portugal, Parliament may, by a suitable majority, overturn the decision of the Constitutional Court.

3.2. Besides what has already been mentioned, the “qualification”, in terms of comparative law, of the effects of judicial decisions of normative control gives rise to a number of difficulties and perplexities. It is envisaged that this will be one area which will be clarified by discussion. In the following brief notes only the decisions issued by *specific constitutional control bodies* dealing *directly* with this control will be considered (*supra* 2).

a) With regard to the *force of res judicata*, the only point which may be considered as established is that the decisions in question generally acquire the *for*

mal force of *res judicata* or an equivalent effect, i.e., they are “final” decisions, against which there may be no appeal and which “preclude the possibility of the question dealt with being brought up again, in any way, in the same case” (as the Portuguese report says). But even here other exceptions or specific cases tend to arise.

This is not exactly the case of the Constitutional Courts of the Republics or Provinces of Yugoslavia referring a question of constitutionality unresolved by them to the Constitutional Court of Yugoslavia in order for the latter to examine it. Such a referral corresponds solely to a principle of the “parallel competence” of these Courts, since the standards of control of these Courts are different (the Courts of the Republics and Provinces are to subject to local law and the Constitutional Court of Yugoslavia to federal law). An exception is, however, constituted by the Polish system which allows for the possibility of “review” regarding decisions including a declaration of the unconstitutionality of infra-legal rules. Also we may consider as a specific case the possibility given to the Portuguese Parliament of “confirming”, by a suitable majority, rules which it has already approved but which have been judged unconstitutional in the context of preventive control: it then remains for the President of the Republic to promulgate the respective law, or not.

Regarding the *material* force of *res judicata*, the national reports show significant divergences, which seem to reflect a different understanding of this concept, or of its scope. Thus, in Austria and Belgium, this notion (a case judged to have a “generally binding force” or judged to be “absolutely binding”) is combined with the “*erga omnes*” effect of the decisions; in France, the decisions of the Constitutional Council are also considered to have “authority comparable with that of *res judicata*” (which may extend to the “grounds” of the decisions); in the Federal Republic of Germany, a distinction is made between the “*erga omnes*” force and the effect of *res judicata* (limited to the “mechanism” of the decision); in Switzerland, the material effect of *res judicata* (understood purely “objectively”, it seems) is denied even to decisions made in the context of abstract control and with effectiveness “*erga omnes*”; the same occurs in the Spanish and Italian reports where the idea of whether the procedural notion in question is pertinent to decisions of normative control has been queried.

b) In some systems the “*erga omnes*” force of decisions is considered as having the *force of law*. Thus, in the Federal Republic of Germany (in compliance with an explicit clause of the Law of the Constitutional Court) and in Italy

(in accordance with the prevailing doctrine which attributes the force of “normative sources” to decisions of “favourable acceptance” even when they simply annul rules). In fact such decisions have a scope which, at least in a “negative” sense, must be attributed to the “abrogatory” decisions of constitutional jurisdiction.

c) Also some systems expressly state that the decisions of the Constitutional Court or equivalent body are binding on all public bodies and public or private authorities or entities, or on the other constitutional bodies of the State and on all courts and administrative authorities: c.f. with different specific cases, the German, Spanish, Portuguese, French and Turkish reports. This gives rise to the problem of a peculiar *general binding force* of all decisions (beyond the specific affect or force “*erga omnes*”, *res judicata*, preclusive effect) which must be acknowledged for each case or category in particular.

Knowing precisely what this other type of effect of decisions made by Constitutional Courts consists of, and knowing if it is really different from the specific effect of each type of decision is something which it is not easy to determine with any certainty, the German report mentions that this effect not only extends to the “mechanism” of the decisions but also to their “grounds” (*ratio decidendi*). The Spanish report, which develops the theme considerably, refers this effect to the “institutional incidence” of the Court’s decisions on the other organs of State, and the part that the Court must play in defining “a constitutional doctrine” (which obviously demands that the grounds for the decisions be considered). Fundamentally, this means a qualified *force of precedent* ascribed to the decisions of the Constitutional Courts (the Portuguese report, however, is somewhat doubtful on this subject; the Swiss report, on the other hand, speaks of a “prejudicial effect” of the decisions of the Federal Court).

A particularly important aspect of this “general binding force” of the Constitutional Courts decisions is knowing how far this affects the *legislator* (in this case we are considering decisions which declare in favour of unconstitutionality).

Here, too, there were different answers in those reports which explicitly considered the point. Thus, whilst in the Austrian report, the fact that the legislator is “bound” by the decisions of the Constitutional Court is explicitly denied (except in the case of a manifest “abuse of legislative powers” intending to “frustrate” these decisions beforehand), the German report, on the other hand, recognises this “binding effect” (which is precisely one of the aspects of the “general binding force of the decisions”), as does the Italian report (the reproduction,

pure and simple, of a rule already declared unconstitutional would immediately violate the constitutional principle of the “abrogatory” effect of the “decisions of favourable acceptance”). On the other hand, the Turkish Constitution explicitly states that the decisions of the Constitutional Court are immediately binding on all legislative bodies. The Turkish report further emphasises that, in accordance with that principle, the decisions of the Court have the force of “guidance for Parliament”.

It must, nonetheless, be noted that this “binding effect” on the legislator — where this is recognised — is applicable, even given a change of circumstances (or the wholesale alteration of the institution or normative context in question, as is emphasised in the Italian report), even if this change may alter the scope of the rule and its constitutional force (with regard to this question c.f. the Swiss and Spanish reports).

3.3. Finally, with regard to the *binding effect brought to bear on the organs of constitutional jurisdiction* by their own decisions, it may be said that it is a unanimous view that these decisions do not constitute a binding precedent for these organs. The only “binding effect” which may occur — and even this is recognised only in the German and Austrian reports — is that arising from *res judicata*. Besides this, Constitutional Courts are not considered to be limited by absolute faithfulness to a precept they have established beforehand. Instead, they all, without exception, recognise a possibility for “review” of doctrine established in previous decisions, in the light of an alteration in circumstances (social, economic and technical), or a change in ordinary law, or an evolution in ethical and juridical consciousness (which may redefine certain values) or even in the light of a re-consideration of the case.

But if this is so, it must be said that particular emphasis is given to the restraint and particular care taken by Constitutional Courts and similar organs in reviewing a previous decision. As a matter of fact, it is true that such review is not easily undertaken, rather that “precedents” are a factor of primary importance in the development of constitutional jurisprudence, within the general context of concern with the coherence of decisions.

4. Time effectiveness of decisions

It is important to consider the problem regarding decisions declaring in favour of unconstitutionality with an abrogatory effect on the rule i.e. decisions of

unconstitutionality made in the context of successive control and endowed with an “*erga omnes*” force. It is a question of knowing exactly from which moment the declaration of unconstitutionality cancels the rule, and what effects it may have on situations created by the rule and juridical acts (*viz.* administrative acts and judicial decisions) made under the terms of the rule which was declared to be unconstitutional. It is, therefore, *not* a problem, either in the case of normative control whose effect is limited to the specific case, or in the case of preventive control, or in the case of decisions in successive control of non-unconstitutionality, even if endowed with a general declaratory or preclusive effect.

4.1 - 4.2. The fundamental question is one of knowing whether the declaration of unconstitutionality has an *ex tunc* effect (thus being applicable from the date the law came into force or, in the case of a pre-constitutional rule, from the date the Constitution came into force) or a mere *ex nunc* effect (being applicable only from the date of publication of the decision). In the first case, a decision of unconstitutionality *invalidates* the rule; in the second case it purely *revokes* the rule.

The different legal systems diverge somewhat on this point. In some — the Austrian, the Swiss, the Turkish and the Polish — decisions of unconstitutionality are recognised as having an *ex tunc* effect (they “revoke” the rule); but in most other cases they are recognised as having an *ex nunc* effect (they “invalidate” the rule). In certain of the latter systems, such an effect is expressly provided for in the Constitution or the law (as in the Federal Republic of Germany or in Portugal). In Italy, the recognition of this effect underwent substantial development in terms of doctrine and jurisprudence, beginning from a constitutional formulation which pointed, *prima facie*, towards a simply “revocatory” effect. On the other hand, although the Spanish system expressly states that decisions of unconstitutionality must include a “declaration of nullity” of these precepts, there is still some doubt as to how to classify the effect of such decisions.

Be that as it may, what is certainly more significant and important than the precise conceptual definition of the effectiveness of decisions of unconstitutionality is the fact that, in general, this definition is not linked to all the theoretically possible consequences in relation to the situations created and the acts practised under the terms of the rule declared to be unconstitutionality. Actually, it is generally recognised that there are unavoidable requirements of justice or

juridical certainty which demand an extension of the merely revocatory effect of the decisions or, especially, the restriction of its potential “retroactive” effects.

Thus, with regard to those systems where, in principle, a declaration of unconstitutionality has a merely *ex nunc* effect, it must be said that in Austria the effect of such a declaration is extended, in any case, to the concrete case which gave rise to the control (to the *Anlassfall*, a notion which is given a broad interpretation by the Austrian Court) and that the Constitutional Court has the power (which it rarely uses, however) to decide whether the declaration of unconstitutionality should have a more radical effect. In Turkey, the effect of unconstitutionality is extended to cases being heard at the time and to unfavourable penal sentences (even when commuted).

On the other hand, in systems where the principle of an *ex tunc* effect is applied, the first limit placed on this effect, almost without exception, is that of “*res judicata*”, except for penal sentences or other sanctions (based on an unfavourable penal rule). (An exception to this occurs in Belgium where a mechanism of “retraction” may be applied to sentences commuted in *rem judicatam*). Besides this on the same level as sentences passed in *rem judicatam*, other situations may also be considered (“acquired rights”, “fulfilled” obligations) and definitively consolidated acts (e.g. by prescription or the end of a time-limit for appeal). (It should be noted, however, that in the Federal Republic of Germany and Yugoslavia a declaration of unconstitutionality precludes the possibility of imposing sentences and putting into effect already “consolidated” but as yet not executed acts). On the other hand, we must underline the tendency which has eventually come to prevail in Italian jurisprudence, that of recognising the mere *ex nunc* effect of a declaration of the unconstitutionality of “favourable” penal rules.

But the limits on the effects, whether *ex nunc* or *ex tunc*, of decisions of unconstitutionality do not end here. In some systems the respective Constitutional Courts have the *power of limiting*, in certain items, the temporal effect of these decisions: namely in Austria, Liechtenstein, Belgium and Portugal.

4.3 In those systems where declarations of unconstitutionality have a simple *ex nunc* effect, it may also be said that the corresponding decisions have only *pro future* effect (with the limitations which have already been pointed out). What

the majority of systems do not provide for is the possibility of the Constitutional Courts establishing a time-limit for the rules declared to be unconstitutional to be stricken from the statute-book.

One such possibility, in any case, is recognised (and expressly stated) in the systems of Austria, Liechtenstein and Turkey, whilst the Belgian system confers upon the Court of Arbitration the power to shape the effects of the decision likely to lead to an equivalent result (even if it is partial). In the other systems it is generally considered that a similar possibility is excluded by the very nature of the control of constitutionality and the respective constitutional and legal system (this is also the prevailing doctrine in Portugal, notwithstanding the powers of limiting the effect of decisions at the disposal of the respective Court).

Nevertheless, the reasons which might eventually justify a *deferral* in time of the effects of a declaration of unconstitutionality (and which has to do, generally speaking, with the concern for avoiding a “legislative vacuum” and the juridical and institutional problems inherent to this) can still be seen in the practice of some Courts and in the decision-making techniques adopted by them — “techniques” which lead to a similar result. This is particularly the case of “appellative decisions” and decisions of a “mere recognition of unconstitutionality” made by the German Court. But along the same lines, the expedient of postponing publication of the decision, which is sometimes adopted by the Italian Court, may also be mentioned.

4.4 A specific question, which is closely linked to the problem of the time effectiveness of declarations of unconstitutionality “*erga omnes*”, is that of knowing if such declarations involve the restitution of the rule or set of rules repealed by the rule or rules which are declared unconstitutional.

The question is given direct consideration in the Austrian and Portuguese Constitutions, in both of which the rule is established that the declaration of unconstitutionality does not bring with it the above mentioned “restitution” of the rule. The power of the respective Constitutional Courts to exclude this effect in the particular case is however recognised. (In Austria, this power is established by means of an express constitutional clause and is in fact used in most cases; in Portugal, it is part of the framework of the general power for limiting the effects of decisions).

The Italian, Spanish and Turkish reports also refer to this matter, and it may be concluded that the problem in question is a problem which is left open in the

respective systems. Mention is however made in the Italian and Turkish reports of decisions in which the respective Courts have considered that “restitution” has taken place, and it is further stated that legal doctrine tends to recognise this automatic effect in the case of a declaration as to the unconstitutionality of an explicitly revocatory clause. In the Spanish report, it is stressed that the question cannot be considered to be resolved by the application of the (legal) rule according to which the “repeal” of the law has no restitutory effect (because it is not a question of “repealing” the law, but simply declaring it to be null and void).

5. The powers of the organs of constitutional jurisdiction in the determination of the content and effects of their decisions (synthesis)

a) Constitutional and legal pre-determination and the autonomy of the Courts.

One of the conclusions which may be formulated on the basis of what we have discussed previously is as follows: if the scope of the powers enjoyed by organs of constitutional jurisdiction — i.e. Constitutional Courts and similar bodies — is largely and fundamentally predefined by the constitutional and legal rules as set out in each system with regard to the exercise of constitutional jurisdiction, then the precise definition of the limits of these powers and the possibility of their being exercised also results, to a large extent, from the jurisprudence of these same organs and their understanding of their own actual function, together with their interpretation of the pertinent rules of the Constitution and the law. In short: constitutional and legal pre-determination and the autonomy of the Courts are more or less combined together here to a greater or lesser degree.

Generally speaking, it may be said that, with regard to the *areas of competence* of the Constitutional Courts and the *legal procedure* for gaining access to such bodies, there are in fact very strict legal and constitutional regulations in force, and these bodies only enjoy the freedom to interpret matters in this particular area, a freedom which is inherent to all applications of the law. Thus, in relation to the first point, the body of law which is subject to their control is that which is defined by the Constitution and the law itself; also, at another level, the European Constitutional Courts consider that their competence is an obligatory exercise which is not to be taken away from them by recourse to the well-known American doctrine of the “political question” (with regard to this point, see the German and Austrian reports).

Also, as a general rule, Constitutional Courts do not have the power to determine the type of *effectiveness* of their decisions, *how binding they are to be considered* and their *ratione temporis effects*. But here, not only do some systems leave a certain margin for a differentiating jurisprudence (c.f. the German report), but also, in several cases these courts have the right to shape the effects of their decisions in terms different from those established in principle.

However, the area in which the creativity and “autonomy” of constitutional jurisprudence is most characteristically and widely seen is in that of the *content* of their respective decisions. In this respect, it will be enough to remember the variety and successive gradation of the “intermediary” types of decisions already described and emphasise the fact that they were (or started out as being) the fruits of jurisprudential creation.

b) The scope, limits and significance of the powers of organs of constitutional jurisdiction:

b.1. — In relation to the legislative power

It is known that the primary function of organs of constitutional jurisdiction — that of assuring that laws are in conformity with the Constitution — is also the most difficult and delicate of their tasks. It is here that the legitimacy (on juridical and constitutional grounds) of their power of control and their competence to define the meaning and scope of the Constitution is confronted by the constitutive freedom of the legislator, which is also constitutionally guaranteed and democratically legitimated. The tension between these two forms of legitimacy is then necessarily inevitable, since the boundaries between the one and the other will always be extremely difficult to define with any precision. It is a classic problem — *the* classic problem — of constitutional jurisdiction and its dogma.

This “tension” is mentioned in several national reports: it is a tension which nowadays is “aggravated” — as the Swiss report says — by the intensification and growth of the guiding and “directing” function of the law, since the latter now spreads, in the present-day political and constitutional context, to practically all aspects of the life of society.

The same “tension” is also present in the problem of the “content” of the decisions made by organs of constitutional jurisdiction, and particularly in the problem of the admissibility and limits of “intermediary decisions”, which

problem of the admissibility and limits of “intermediary decisions”, which have been duly analysed. Examination of what the different reports have said on this matter would point to the following conclusions:

- The function of Constitutional Courts is essentially *negative* and one which is *bound* by the Constitution. Such a function is, by its very nature, different from the constitutive function of the legislator. Within this framework, however, Constitutional Courts have the inescapable duty of ensuring that constitutional values and principles become effective in juridical terms.
- This “negative” aspect of their function leads to the fact that their competence to control the question of constitutionality in adversary proceedings is subject to certain *functional limits*, which may lead us back to the fundamental idea that it is not the duty of Constitutional Courts to make “political” value judgments and choices, nor even to make the corresponding decisions. With this in mind, the idea that constitutional jurisdiction should not lead to the more or less veiled installation of an undesirable “government of judges” continues to be a valid one.
- The aforementioned “functional limits” and the preoccupation with preserving the constitutive freedom of the legislator give rise to the particular contention that is revealed in certain types of decisions made by some of the Constitutional Courts. Nevertheless, this does not stop the decisions of these same Courts assuming, with greater or lesser frequency, a scope which is not strictly “abrogatory” and further inducing a “modifying” effect in the juridical order. Here, however, this is a somewhat “indirect” effect, produced within the framework of the “constitutional binding force” of the juridical system and not an autonomous “creation” of law.

b.2. — *In relation to the courts in general*

In those juridical and constitutional systems where control of constitutionality is not (or is not only) entrusted to the courts in general, but is rather reser-

ved (at least in definitive decisions and the most significant part) for a specific jurisdictional organ, it is inevitable that there should be interferences between the scope of the powers and the jurisprudential activity of each body. Such interferences are to be found basically in the context of the concrete control of constitutionality and may appear particularly in the area of the “relevance” of the question of constitutionality and “interpretation in conformity with the Constitution”.

On the part of the Constitutional Courts, they must respect the specific sphere of action of the “common” courts, whose duty it is in the first instance to interpret and apply ordinary law. However, by way of recompense, it is the Constitutional Courts which must define the *constitutional topics* of this interpretation and application, ensuring that it is carried out in compliance with the principles and values of fundamental law. And, in this area, it may be said that all legal systems ascribe an increasingly respected guiding preeminence and an incontestable “precedent-establishing” role to constitutional jurisprudence and its corresponding “doctrine”.

b.3. — *In relation to the international or supranational courts.*

With respect to the “relationship” of internal organs of constitutional jurisdiction with international or supranational courts, this is a theme which is not particularly developed, understandably, in the various national reports.

In fact, if we consider only the scope of classical international law, this concerns organs which function in juridical and above all institutional domains which are clearly differentiated. But even here divergences and overlapping are not theoretically impossible: it will suffice for us to consider the eventual competence of Constitutional Courts, whether in the control of the constitutionality of international treaties or in the control of the constitutionality of law in the light also of the principles of general international law, if not in the light of the rules of conventional international law.

But moving on from the scope of classical international law to the modern international law of “Human Rights”, on the one hand, and European Community law, on the other, the panorama of the “relationship” between internal

Constitutional Courts and supranational courts in the aforementioned areas is qualitatively modified.

Thus, in relation to those countries which subscribe to the *European Convention on Human Rights*, and particularly those which accept the clause granting direct appeal to the respective Commission, one cannot automatically exclude the theoretical possibility of jurisprudential divergences between internal courts and the Court in Strasbourg, whether in relation to the understanding and meaning of certain fundamental rights concretely considered, or even in relation to the interpretation of the clauses of the Convention. (This is particularly the case in those countries where the Convention has the same value as internal law, which is directly applicable: see the report of the European Commission on Human Rights with regard to this question.) However, this is a purely "theoretical eventuality, since the jurisprudence of the Commission and of the European Court exert a considerable influence on several internal Constitutional Courts, and in some of them the Convention itself serves as a parameter of constitutionality (c.f. in particular the Austrian, Swiss and Turkish reports).

As far as the member countries of the *European Economic Community* are concerned, very specific problems arise for the respective bodies of constitutional control regarding the application of "derived community law" and its position in the internal juridical order. The Irish, German and Italian reports mention these problems — and precisely the three fundamental questions which arise in this area. Firstly, there is the question raised by the principle established by article 177 of the Treaty of Rome (the "prejudicial referral" by the internal courts to the Community Tribunal of Justice of the question of the interpretation of community law and its "binding force" on supreme courts); next, and closely related to this, the question of the eventual control of constitutionality by internal courts of derived community law; and finally, the problem of the supremacy of this derived law over internal law and whether or not it is considered as a "question of constitutionality", which is therefore within the jurisdiction of Constitutional Courts.

The answers — and they are the only ones — which are given to these questions in the aforementioned reports are the following: — the Irish Supreme Court considers itself bound by the "obligation" of the "prejudicial referral"

outlined in article 177 of the Treaty of Rome; the German Constitutional Court, having begun by admitting the control of the constitutionality of derived law in the light of fundamental rights, leaves this question unanswered; the Italian Constitutional Court, after an evolution in jurisprudence which has already passed through various stages, now considers the eventual confrontation of internal rules with derived community law as “inadmissible” as a constitutional question.

**DIREITO
COMUNITÁRIO**

JOSÉ PAULO GONÇALVES DE OLIVEIRA

**A LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS,
SERVIÇOS E CAPITAIS**

I. REGRAS COMUNS À LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E À LIVRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

1. Proibição de discriminação com base na nacionalidade

- a) Fundamento da proibição*
- b) Âmbito da proibição de discriminação*
- c) Excepções à proibição de discriminação*

2. A liberdade de entrar e residir no território de um outro Estado-membro

- a) Beneficiários*
- b) Requisitos formais*
- c) Excepções: ordem pública, saúde pública e segurança pública*
- d) Garantias processuais*

II. A LIVRE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES

- 1. Noção**
- 2. Beneficiários**
- 3. Âmbito de aplicação**

III. A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO

- 1. Noção**
- 2. Beneficiários**
- 3. Âmbito da liberdade de estabelecimento**
- 4. Execução do princípio da liberdade de estabelecimento**

IV. A LIVRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

- 1. Beneficiários**
- 2. Âmbito da liberdade de prestação de serviços**

V. A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS

Princípios

A LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS, SERVIÇOS E CAPITAIS

1. A realização dos objectivos fundamentais que presidiram à criação do Tratado de Roma passa pela criação de um verdadeiro mercado comum entre os Estados-membros (art.º 2) ⁽¹⁾. Um dos meios principais para a realização do mercado comum é, nos termos da al. c) do art.º 3, a eliminação dos obstáculos à livre circulação de pessoas, serviços e capitais.

Tentaremos, pois, enunciar quais as regras principais, definidas quer pelo Tratado de Roma quer pelo Direito Comunitário derivado, com vista à prossecução daquele objectivo. Começaremos por analisar as regras comuns à livre circulação de pessoas e à livre prestação de serviços (I); para, depois, passarmos à análise das regras e princípios específicos à livre circulação de trabalhadores (II); à liberdade de estabelecimento (III); à livre prestação de serviços (IV); e à livre circulação de capitais (V).

I. REGRAS COMUNS À LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E À LIVRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

2. A realização destas liberdades constitui um objectivo essencial, que traduz vantagens económicas e sociais manifestas quer para os trabalhadores quer

⁽¹⁾ Os artigos mencionados, desde que não se faça referência expressa, são artigos constantes do Tratado de Roma, de 25 de Março de 1957, que instituiu a CEE.

para os prestadores de serviços, permitindo a escolha do local mais adequado ao estabelecimento de um qualquer agente económico. Através da sua prossecução visam-se também outros objectivos, como sejam: a obtenção de uma área económica mais ampla, um crescimento económico mais equilibrado e um equilíbrio mais fácil entre a oferta e a procura. Como objectivo mediato teremos uma maior aproximação entre os povos europeus (cf. o Preâmbulo do Tratado CEE), com vista à realização de uma união política mais estreita entre os Estados europeus.

Por outro lado, a fruição dessas liberdades constitui um direito fundamental para os cidadãos comunitários, que podem livremente exercer uma profissão ou estabelecer-se em qualquer parte do território comunitário. Por seu lado, caberá às autoridades nacionais garantir esses direitos contra qualquer eventual restrição que os ameace.

3. Quando se fala da livre circulação de pessoas, engloba-se tanto a livre circulação de trabalhadores como a liberdade de estabelecimento. Têm em comum o facto de que em ambos os casos há a deslocação de uma pessoa do território de um Estado-membro para o território de um outro Estado-membro. Mas, enquanto no primeiro caso se trata de um trabalhador assalariado ou por conta de outrem, na liberdade de estabelecimento trata-se de trabalhadores independentes no exercício das suas profissões. Neste segundo caso, eles têm como base da sua actuação uma instalação estável e permanente; e exercem a sua actividade de acordo com regras próprias, inerentes ao risco e à autonomia económica próprias da independência da sua actuação.

Por seu lado, a livre prestação de serviços tem de comum com a liberdade de estabelecimento o tratar-se, igualmente, do exercício de profissões independentes. Só que, nos serviços, não há um estabelecimento que sirva de base à actividade do prestador; e não se exige uma deslocação do prestador para fora do seu território, desde que haja uma deslocação do serviço. Esta forma imprecisa como é definida a livre prestação de serviços dá-lhe um carácter residual, permitindo-lhe englobar todas as prestações de serviços não remuneradas que não se integram na livre circulação de mercadorias, de pessoas ou de capitais.

1. Proibição de discriminação com base na nacionalidade

a) *Fundamento da proibição*

4. O princípio geral está consagrado no art.º 7, mas encontra aplicação específica no n.º 2 do art.º 48 (trabalhadores); no n.º 1 do art.º 52 (estabelecimento); e no § 3 do art.º 60 (serviços).

Esta primeira regra comum implica que os cidadãos comunitários que queiram trabalhar ou prestar serviços em qualquer parte do território comunitário, não poderão ser discriminados em função da sua nacionalidade. Isso mesmo esclareceu o TJCE, no seu Ac. *Walrave* (2), onde precisa que, independentemente do vínculo jurídico em que se realiza a prestação, a regra de não discriminação aplica-se, em termos idênticos, ao conjunto das prestações de trabalho ou de serviços.

Ou ainda, no Ac. *Royer* (3), onde se afirma que resulta das disposições do Tratado de Roma, aplicáveis à livre circulação de trabalhadores, à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, e dos actos de direito derivado que as desenvolvem, que elas têm por base os mesmos princípios no que respeita à entrada e permanência, no território de um Estado-membro, dos sujeitos a quem são aplicáveis, quanto à proibição de discriminação, tendo por base a sua nacionalidade.

5. Uma questão que se pode colocar é a de saber se os artigos do Tratado de Roma referidos, que proíbem as discriminações que tenham por base a nacionalidade, são dotados de efeito directo. Ou seja, se eles são susceptíveis de criar directamente direitos aos particulares, que eles possam invocar perante os tribunais nacionais. No Ac. *Sagulo* (4), o Tribunal teve oportunidade de precisar que o princípio geral consagrado no art.º 7 só se pode aplicar através de disposições especiais previstas pelo Tratado. No Ac. *Kenny* (5) surge a mesma

(2) Proc. 36/74, *Walrave*, de 12.12.74, Rec. 1974, p. 1405, cdo. 5 a 7.

(3) Proc. 48/75, *Royer*, de 8.4.76, Rec. 1976, p. 497, cdo. 11 e 12.

(4) Proc. 8/77, *Sagulo*, de 14.7.77, Rec. 1977, p. 1495, cdo. 11.

(5) Proc. 1/78, *Kenny*, de 28.6.78, Rec. 1978, p. 1489, cdo. 20.

ideia, pois só se reconhece um tal efeito ao art.º 7, na medida em que ele é aplicado conjuntamente com o art.º 48 e o n.º 1 do art.º 3 do Reg. 1408/71.

Já quanto às normas que especificamente proíbem essa discriminação, nos art.ºs 48, 52, 59 e 60, o TJCE reconheceu o efeito directo da proibição de discriminação desde 1970, ou seja, desde o final do período de transição.

No que respeita ao art.º 48, no Ac. *Van Duyn* (6), o Tribunal haveria de reconhecer que aquele artigo fixa aos Estados uma obrigação precisa que não necessita de qualquer acto dos órgãos comunitários ou dos órgãos nacionais, não lhes deixando, portanto, qualquer margem de discricionariedade. Daí o reconhecer-se que esse artigo possa conferir direitos aos particulares que eles poderão invocar em juízo e que os tribunais nacionais deverão respeitar e proteger.

O mesmo haveria de ser reconhecido quanto ao art.º 52 (estabelecimento). No Ac. *Reyners* (7), o TJCE haveria de considerar o art.º 52 como sendo susceptível de ser invocado directamente pelos nacionais dos Estados-membros, pois ele fixa uma obrigação de resultado precisa que não deixa qualquer discricionariedade às autoridades.

Finalmente, quanto à liberdade de prestação de serviços, o Ac. *Van Binsberg* (8) haveria de reconhecer que os art.ºs 59 e 60 contêm uma obrigação de resultado precisa, cuja execução pelos Estados-membros não poderá ser atrasada ou comprometida pela falta de disposições que deveriam intervir no âmbito dos poderes previstos pelos art.ºs 63 e 66. Daí que se reconheça que o art.º 59, § 1, e o art.º 60, § 3 são dotados de efeito directo e possam ser invocados perante os tribunais nacionais, quando tal seja necessário para afastar uma disposição discriminatória, em função da nacionalidade, ou porque o particular reside num Estado-membro diverso daquele onde a prestação deva ser fornecida.

(6) Proc. 41/74, *Van Duyn*, de 4.12.74, Rec. 1974, p. 1337, cdo. 6 e 7.

(7) Proc. 2/74, *Reyners*, de 21.6.74, Rec. 1974, p. 631, cdo. 25, 26 e 32.

(8) Proc. 33/74, *Van Binsberg*, de 3.12.74, Rec. 1974, p. 1299, cdo. 26 e 27.

b) Âmbito da proibição de discriminação

6. A proibição de discriminação com base na nacionalidade compreende tanto os casos de discriminação formal quanto os de discriminação material. Estaremos perante situações do primeiro tipo quando um trabalhador ou um prestador de serviços se vêem impedidos de exercer a sua actividade, tendo essa proibição como única justificação a sua nacionalidade. E isso pode verificar-se quer as discriminações resultem de disposições de direito público quer de direito privado.

Um exemplo de medidas formalmente discriminatórias, resultantes de normas de direito privado, foi objecto de apreciação no Ac. *Walrave* ⁽⁹⁾. De acordo com uma disposição do regulamento da União Ciclista Internacional, transposta para os regulamentos das Federações holandesa e espanhola, o treinador de uma equipa de ciclismo deveria ser da mesma nacionalidade dos corredores. Posta em causa a sua compatibilidade com o Direito Comunitário, o TJCE haveria de precisar que o art.º 48 não se aplica apenas às autoridades públicas, mas também a todas as regulamentações que visem regular de modo colectivo o trabalho assalariado e as prestações de serviços. A não ser assim, e porque nos diferentes Estados-membros as condições de trabalho são reguladas por disposições legislativas, regulamentares, convenções ou outros acordos de natureza privada, correr-se-ia o perigo de criar desigualdades. Daí que a regra da não-discriminação, porque imperativa, se imponha em todas as relações jurídicas, desde que localizadas no território da Comunidade, em razão do lugar em que se estabeleçam ou do lugar em que produzam os seus efeitos.

7. Estaremos perante um caso de discriminação material quando a aplicação das mesmas regras a nacionais e a estrangeiros impede ou dificulta a estes o exercício da sua actividade. Um exemplo de uma medida desse tipo foi apreciada pelo TJCE no Ac. *Ugliola* ⁽¹⁰⁾. Aí se reconheceu que um trabalhador italiano que havia interrompido o seu trabalho na RFA, para prestar o seu

⁽⁹⁾ Ac. *Walrave*, cit. (n.º 2) cdo. 13, 17, 19 e 28. Ver, no mesmo sentido, o Proc. 13/76, *Donà*, de 14.7.76, Rec. 1976, p. 1333, sobre a regulamentação da Federação Italiana de Futebol quanto à nacionalidade dos jogadores.

⁽¹⁰⁾ Proc. 15/69, *Ugliola*, de 15.10.69, Rec. 1969, p. 363, cdo. 6.

serviço militar em Itália, tinha direito à contagem do período de serviço militar para a sua antiguidade no posto de trabalho, tal como acontece com aqueles que prestam o serviço militar na RFA. Se assim não fosse, estaria a fixar-se indirectamente uma discriminação em função das obrigações militares, em benefício dos nacionais alemães.

Um outro exemplo, este no âmbito da liberdade de estabelecimento e da prestação de serviços, foi objecto de apreciação no Ac. *Thieffry* ⁽¹¹⁾. Tratava-se de um cidadão belga, licenciado em Direito por uma universidade belga, cujo título académico havia sido reconhecido pela Universidade de Paris. Quando solicita autorização para exercer advocacia em Paris, vê a sua pretensão recusada, por não ser licenciado por uma universidade francesa. O Tribunal haveria de reconhecer ser esta medida uma restrição injustificada à liberdade de acesso a uma profissão, num Estado-membro, a uma pessoa portadora de um diploma reconhecido como equivalente pela autoridade competente do país de estabelecimento, e que satisfaz as condições específicas de formação profissional exigidas por esse país, só porque o interessado não possuía um diploma nacional.

8. No entanto, podem existir diferenças de tratamento que sejam justificadas por «razões objectivas». Ainda aqui se recorre à jurisprudência do Tribunal das Comunidades. No Ac. *Sogtiu* ⁽¹²⁾. O TJCE haveria de reconhecer que a não atribuição de uma indemnização, porque o trabalhador tem o seu domicílio noutra Estado-membro, poderá constituir uma discriminação; a menos que o regime dessa indemnização tenha em consideração diferenças objectivas na situação dos trabalhadores, de acordo com o facto de, no momento do início do seu trabalho, terem domicílio em território nacional ou estrangeiro.

Ou, no Ac. *Watson* ⁽¹³⁾, onde o TJCE reconheceu que, na medida em que uma legislação nacional relativa ao controlo dos estrangeiros não comporte

⁽¹¹⁾ Proc. 71/76, *Thieffry*, de 28.4.77, Rec. 1977, p. 765, cdo. 19.

⁽¹²⁾ Proc. 152/73, *Sogtiu*, de 12.2.74, Rec. 1974, p. 153, cdo. 13.

⁽¹³⁾ Proc. 118/75, *Watson*, de 7.7.76, Rec. 1976, p. 1185, cdo. 22.

restrições à livre circulação de pessoas e ao direito de entrar e residir no território de um Estado-membro, a aplicação de uma tal legislação, baseada em elementos objectivos, não constituirá uma discriminação, com base na nacionalidade, proibida pelo art.º 7.

9. É evidente que a proibição de discriminação pressupõe uma certa ligação à realidade comunitária e um certo elemento de transnacionalidade. Isto é, ela não se aplica às situações puramente nacionais. Foi o que o TJCE declarou no *Ac. Saunders* ⁽¹⁴⁾. Em causa estava a pena aplicada por um tribunal britânico a um cidadão britânico, por um crime praticado na Grã-Bretanha, que o impedia de se deslocar à Inglaterra e ao País de Gales. O cidadão objecto da sanção considerou-a incompatível com as regras do Direito Comunitário. No entanto, o TJCE haveria de considerar que a aplicação pela autoridade jurisdicional de um Estado-membro a um trabalhador, nacional desse Estado, de medidas privativas da sua liberdade, ou limitando a sua liberdade de circulação no território desse Estado, a título de sanção penal prevista pela lei penal, e em virtude de factos praticados no território desse Estado-membro, era resultante de situações puramente internas, estranhas ao domínio de aplicação das regras do Tratado, relativas à livre circulação de trabalhadores.

10. No entanto, já não serão absolutamente estranhas ao Direito Comunitário as situações que, embora aparentemente sejam apenas nacionais, implicam um certo elemento de transnacionalidade, que estabelece a sua ligação ao Direito Comunitário. Estamos perante um caso-tipo no *Ac. Knoors* ⁽¹⁵⁾. Trata-se de um canalizador de nacionalidade holandesa, que durante vários anos exerceu a sua profissão na Bélgica e deseja estabelecer-se na Holanda. As autoridades holandesas exigem-lhe que faça um estágio durante algum tempo, antes de poder exercer a mesma profissão. Knoors considera essa exigência incompatível com as regras comunitárias, enquanto que as autoridades holandesas consideram que

⁽¹⁴⁾ Proc. 175/78, *Saunders*, de 28.3.79, Rec. 1979, p. 1129. Ver, no mesmo sentido, o Proc. 180/83, *Moser*, de 28.6.84, Rec. 1984, p. 2539; e o Proc. 35 e 36/82, *Morson e Yhanjan*, de 27.10.82, Rec. 1982, p. 3723.

⁽¹⁵⁾ Proc. 115/78, *Knoors*, de 7.2.79, Rec. 1979, p. 389, cdo. 24.

se está perante uma situação puramente nacional, não susceptível de ser apreciada face ao Direito Comunitário.

O TJCE haveria de precisar que as normas do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços não eram aplicáveis às situações puramente internas de um Estado-membro; mas, a referência do art.º 52 aos «nacionais de um Estado-membro», desejosos de se estabelecerem «no território de um Estado-membro», não pode ser interpretada de modo a excluir do benefício do Direito Comunitário os nacionais de um Estado-membro determinado, só porque este residiu regularmente no território de um outro Estado-membro e aí adquiriu uma formação profissional reconhecida pelo Direito Comunitário.

No entanto, no Ac. *Auer* ⁽¹⁶⁾, onde um veterinário de nacionalidade francesa, licenciado em Itália, desejava estabelecer-se em França, o TJCE haveria de considerar que o benefício do tratamento nacional previsto pelo art.º 52 apenas respeita, em cada Estado-membro, aos nacionais dos demais Estados-membros.

No Ac. *Broekmeulen* ⁽¹⁷⁾, onde um cidadão holandês, licenciado por uma universidade belga, deseja exercer a advocacia na Holanda, o TJCE haveria de precisar que as liberdades fundamentais garantidas pelo art.º 3, al. c); 48, 52 e 59 do Tratado não poderiam ser plenamente realizadas, se os Estados-membros pudessem recusar o benefício das disposições do Direito Comunitário aos seus nacionais que utilizaram as facilidades em matéria de circulação e de estabelecimento, e que adquiriram as qualificações profissionais num outro Estado-membro, diferente do da sua nacionalidade.

c) Excepções à proibição de discriminação

11. A primeira excepção refere-se à livre circulação de trabalhadores e vem prevista no n.º 4 do art. 48. Ou seja, o princípio da não-discriminação em função da nacionalidade não se aplica aos empregos na Administração Pública.

⁽¹⁶⁾ Proc. 136/78, *Auer*, de 7.2.79, Rec. 1979, p. 437, cdo. 20.

⁽¹⁷⁾ Proc. 246/80, *Broekmeulen*, de 6.10.81, Rec. 1981, p. 2311, cdo. 20.

No já referido Ac. *Sogtiu* (18), o TJCE haveria de precisar que o n.º 4 do art.º 48 não poderá ter um alcance que ultrapasse o objectivo visado pelo artigo, no qual se insere este número. Daí que este n.º 4 deva ser interpretado no sentido de que a excepção prevista por esta disposição respeita apenas ao acesso aos empregos na Administração Pública, e que o carácter que assume esse vínculo jurídico entre o trabalhador e a Administração é, portanto, indiferente.

No Ac. *Comissão c. Bélgica* (19), o TJCE haveria de precisar que os empregos referidos no n.º 4 do art.º 48 são apenas os que têm uma relação com actividades específicas da Administração Pública, enquanto tal, investida de poderes públicos e de responsabilidade na salvaguarda dos interesses gerais do Estado, a que se deverão assimilar os entes públicos, tais como as administrações municipais.

12. A segunda excepção respeita à liberdade de estabelecimento (art.º 55, § 1) e à liberdade de prestação de serviços (por força do art.º 66): o exercício de actividades relacionadas com o exercício da autoridade pública. Nota-se que esta excepção tem um âmbito mais restrito que a do n.º 4 do art.º 48, pois neste caso só as actividades que impliquem o exercício de autoridade estarão exceptuadas.

A título de exemplo da eventual aplicação desta excepção, refira-se o Ac. *Reyners* (20). Neste acórdão estava em causa a pretensão de um cidadão holandês, licenciado na Bélgica, que deseja exercer a advocacia na Bélgica. A Ordem dos Advogados belga opõe-se a essa pretensão invocando o § 1 do art.º 55, pois o exercício da advocacia pressuporia uma participação orgânica no funcionamento dos serviços públicos da Justiça. No entanto, o TJCE haveria de considerar como não constituindo uma participação em actividades de autoridade as actividades típicas da profissão de advogado (consulta e assistência judicial), pois o seu exercício deixa intactas a apreciação da autoridade jurisdicional e o livre exercício do seu poder. A excepção à liberdade de estabelecimento prevista no § 1 do art.º 55 deverá ser limitada às actividades que, em si próprias, impliquem uma participação directa e específica no exercício da

(18) Ag. *Sogtiu*, cit. (n.º 12), cdo. 4 e 6.

(19) Proc. 149/79, *Comissão c. Bélgica*, de 26.5.82, Rec. 1982, p. 1845.

(20) Ac. *Reyners*, cit. (n.º 7), cdo. 52 e ss.

autoridade pública. E, mesmo nos casos em que actividade do advogado resulte de uma obrigação exclusivamente fixada por lei, não caberá na excepção do § 1 do art.º 55.

13. Além destas excepções, há ainda que considerar que não gozam destas liberdades as actividades não-económicas que tenham uma natureza exclusivamente moral, religiosa ou cultural.

No entanto, num acórdão recente, o Ac. *Gravier* ⁽²¹⁾, o TJCE parece ter entrado num domínio que aparentemente estaria fora do campo estritamente económico: o da educação. Em causa estava a legislação belga segundo a qual estão isentos do pagamento de propinas, no ensino oficial, os estudantes belgas e luxemburgueses ou cujos pais residam na Bélgica. Uma estudante francesa, da Academia Real de Belas-Artes de Liège, cujos pais residem em França, vem contestar a obrigação de pagamento das propinas, considerando-a contrária às regras comunitárias.

Quanto à questão de saber se a legislação em causa cabe no âmbito de aplicação do Direito Comunitário, o TJCE retoma a sua jurisprudência tradicional segundo a qual, apesar da organização da educação e da política de ensino não fazerem parte, enquanto tais, do domínio que o Tratado submete à competência dos órgãos comunitários, isso não significa que as condições de acesso e de participação no ensino ou na formação profissional não caiam no âmbito de aplicação do Tratado. Após se referir aos art.ºs 7 e 12 do Reg. 1612/68, o Tribunal procede a uma análise profunda das razões pelas quais o respeito das regras comunitárias é de tal modo necessário no âmbito da formação profissional. Uma política comum na matéria, evocada pelo art.º 128 do Tratado, está em vias de ser progressivamente criada e constitui um elemento indispensável das actividades da Comunidade, no que respeita aos seus objectivos de liberdade de circulação e de mobilidade da mão-de-obra e melhoria do nível de vida dos trabalhadores. É nesse sentido que o acesso à formação profissional é um factor importante da livre circulação de pessoas ao permitir-lhes uma qualificação no Estado-membro, onde se propõem exercer as suas actividades profissionais, e concedendo-lhes a possibilidade de aperfeiçoarem

(21) Proc. 293/83, *Gravier*, de 13.2.85, Rec. 1985 (ainda não publicado).

a sua formação e desenvolverem os seus talentos particulares, num Estado-membro em cujo ensino profissional exista uma especialização adequada.

14. A última excepção respeita ao controlo a que estão sujeitos os estrangeiros quanto à entrada e permanência num outro Estado-membro. Enquanto não houver uma única cidadania comunitária, haverá diferenças entre os nacionais dos diferentes Estados-membros. No entanto, essas diferenças são justificadas, e o TJCE, no Ac. *Watson* ⁽²²⁾, haveria de reconhecer o direito das autoridades nacionais competentes poderem impor aos nacionais de outros Estados-membros a obrigação de assinalar a sua presença no respectivo território. E essa obrigação não constitui, em si, uma afectação da liberdade de circulação das pessoas.

2. Liberdade de entrar e residir no território de um outro Estado-membro

15. O fundamento desta liberdade encontra-se nos art.ºs 48, 52 e 59 e na Dir. 68/360 (J. O. L257/14/1968) — para os trabalhadores assalariados —; e na Dir. 73/148 (J. O. L172/14/1973) — para o estabelecimento e para os serviços.

No Ac. *Royer* ⁽²³⁾ o TJCE haveria de explicitar que o n.º 3 do art.º 48 compreende o direito dos trabalhadores entrarem no território de um Estado-membro, de aí se deslocarem livremente, de aí residirem, trabalharem, e de aí permanecerem uma vez terminado o trabalho. De acordo com o art.º 52 as restrições à liberdade de estabelecimento deverão ser progressivamente suprimidas no decurso do período transitório. E, de acordo com o art.º 59, deverão ser suprimidas progressivamente as restrições à liberdade de prestação de serviços no interior da Comunidade.

⁽²²⁾ Ac. *Watson*, cit. (n.º 13), cdo. 18.

⁽²³⁾ Ac. *Royer*, cit. (n.º 3), cdo. 20 a 22.

No já citado Ac. *Watson* ⁽²⁴⁾ o TJCE haveria de precisar que os mesmos princípios relativos à liberdade de entrada e residência eram aplicáveis aos trabalhadores, à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

Além destes direitos, há ainda a referir o direito dos trabalhadores assalariados permanecerem no território dos Estados-membros, após aí terem exercido uma profissão, direito consagrado no Reg. 1251/70 (J. O. L142/24/1970); e o direito dos trabalhadores independentes a permanecerem no território de um Estado-membro após aí terem exercido uma actividade não assalariada (Dir. 75/34; J. O. L14/10/75).

a) Beneficiários

16. São beneficiários destes direitos todos aqueles previstos no n.º 2 do art.º 48, no art.º 52 e nos art.ºs 59 e 60. Estas normas do Tratado têm sido objecto de uma interpretação lata. Assim, por exemplo, entende-se que os turistas devem gozar das garantias de liberdade de circulação e de livremente beneficiarem dos serviços prestados no território comunitário. Já no Ac. *Watson*, o adv.-geral Trabucchi havia chamado a atenção para a situação dos turistas, sem que o Tribunal sobre eles se pronunciasse expressamente. No entanto, parece unânime a posição de se considerar que devem ser eliminadas as restrições à realização de viagens e à sua permanência no território dos diferentes Estados-membros. No fundo, trata-se de uma interpretação extensiva do art.º 59, que englobará também os beneficiários da prestação. Não se trata de uma simples prestação de serviços «negativa», porque isso poderia tornar desnecessário o art.º 48 e ss., pois de algum modo todos os trabalhadores são beneficiários da prestação de diferentes serviços, no Estado-membro onde residem.

b) Requisitos formais

17. Para que os cidadãos comunitários entrem no território dos diferentes Estados-membros, basta que apresentem um documento de identificação, não se exigindo a apresentação de visto.

⁽²⁴⁾ Ac. *Watson*, cit. (n.º 13), cdo. 9

Quanto ao direito de residência, ele deverá ser constatado (ou declarado) pela emissão de uma licença de residência. Isso implica para os beneficiários desse direito a obrigação de comunicarem a sua residência às autoridades nacionais.

No Ac. *Royer* ⁽²⁵⁾ o TJCE teria oportunidade de esclarecer que a emissão do título de residente não é um acto constitutivo de direitos, mas apenas um acto que se destina a constatar, da parte das autoridades dos Estados-membros, a situação individual de um nacional de outro Estado-membro, no que respeita às normas de Direito Comunitário. O art.º 4 da Dir. 68/360 implica para os Estados-membros a obrigação de emitirem a licença de residência, a qualquer pessoa que faça prova por documentos adequados, de que pertence a uma das categorias previstas no n.º 1 do mesmo artigo.

No Ac. *Pieck* ⁽²⁶⁾ o TJCE haveria de esclarecer que o direito dos trabalhadores a entrarem livremente no território dos diferentes Estados-membros não poderia ser condicionado pela concessão de uma autorização pelas autoridades nacionais. Daí que não se justifiquem, regra geral, as medidas administrativas exigindo outras formalidades, na fronteira, para além da simples apresentação de um bilhete de identidade ou de um passaporte válido.

*c) Excepções: ordem pública, saúde pública
e segurança pública*

18. Estas excepções vêm previstas no n.º 3 do art.º 48 e no n.º 1 do art.º 56 (aplicável à livre prestação de serviços por força do art.º 66). As mesmas excepções são depois desenvolvidas pela Dir. 64/221, de 26 de Fevereiro de 1964, e pela Dir. n.º 72/194 (J.O. L121/32/1972).

A Dir. 64/221 fixa os princípios de coordenação das disposições legislativas e administrativas que prevêm um regime especial para os estrangeiros,

⁽²⁵⁾ Ac. *Royer*, cit. (n.º 13), cdo. 33 e 37.

⁽²⁶⁾ Proc. 159/79, *Pieck*, de 3.7.80, Rec. 1980, p. 2172, cdo. 8 e 9.

desde que justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. Esta coordenação é essencialmente relativa às condições de entrada e residência dos nacionais dos Estados-membros que se deslocam no interior da Comunidade, seja no exercício de uma actividade assalariada ou não-assalariada, seja na qualidade de destinatários de serviços. É assim que a directiva procede, por um lado, à aproximação dos princípios adoptados em cada Estado-membro, para fazer valer as razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, no que respeita à deslocação e residência de estrangeiros; por outro lado, ela fixa diferentes medidas de garantia processual dos particulares contra essas medidas nacionais.

De referir ainda a Dir. 75/35, que alarga o âmbito de aplicação da Dir. 64/221 aos nacionais dos Estados-membros que desejem permanecer no território de um desses Estados, após aí terem exercido uma actividade não-assalariada.

19. A primeira questão que se coloca é a de saber se estas noções: ordem pública, segurança pública e saúde pública devem ser entendidas de acordo com um critério comunitário ou meramente nacional. No Ac. *Van Duyn* ⁽²⁷⁾, o Tribunal haveria de precisar que a noção de ordem pública deveria ser entendida num contexto comunitário; e como justificação de uma derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de trabalhadores, deveria ser interpretada de forma restritiva, de modo a que o seu alcance não possa ser determinado unilateralmente, por cada Estado-membro, sem qualquer controlo dos órgãos comunitários. No entanto, as circunstâncias específicas que poderão justificar o recurso à noção de ordem pública podem variar de Estado para Estado, de um momento para outro, e é, portanto, necessário reconhecer às autoridades nacionais uma certa margem de apreciação dentro dos limites impostos pelo Tratado.

20. As limitações ao gozo desses direitos não podem ser justificadas por razões meramente económicas. Isso mesmo expressou o TJCE no Ac. *Rutili* ⁽²⁸⁾, onde afirmou que a excepção de ordem pública não pode ser justificada pelos fins económicos prosseguidos.

⁽²⁷⁾ Ac. *Van Duyn*, cit. (n.º 6), p. 1219, cdo. 18.

⁽²⁸⁾ Proc. 36/75, *Rutili*, de 28.10.75, Rec. 1975, p. 1219, cdo. 30.

21. Por outro lado, não basta a simples existência de uma condenação penal para justificar essas limitações. No Ac. *Bonsignore* ⁽²⁹⁾ o TJCE pronunciou-se sobre a questão, afirmando que apenas e exclusivamente o «comportamento pessoal» do indivíduo em causa pode ser considerado; e daí que não sejam admissíveis medidas de expulsão, com carácter de prevenção geral para outros estrangeiros, como aquelas que as autoridades alemãs queriam aplicar ao cidadão italiano (a expulsão).

No Ac. *Bocherau* ⁽³⁰⁾ o TJCE haveria de precisar que a existência de uma condenação penal só poderá ser tida em consideração, na medida em que as circunstâncias que deram lugar a essa condenação façam ressaltar a existência de um comportamento pessoal que constitua uma ameaça real à ordem pública.

22. Uma outra questão é a de saber se um comportamento que não constitui uma infracção penal poderá ser considerado como contrário à ordem pública. No Ac. *Van Duyn* ⁽³¹⁾ o Tribunal considerou que as autoridades britânicas poderiam ter em consideração, como resultando do comportamento pessoal da interessada, o facto de esta ser filiada num grupo ou organização cujas actividades são consideradas como constituindo um perigo social sem serem proibidas, mesmo que nenhuma restrição seja imposta aos nacionais desse Estado-membro que exercem uma actividade análoga à que os nacionais doutros Estados-membros exerce no âmbito desse grupo ou organização.

Contudo, no Ac. *Adoui* ⁽³²⁾, o TJCE, ao contrário do que havia afirmado no Ac. *Van Duyn*, haveria de precisar que um comportamento não poderia ser considerado como tendo um grau suficiente de gravidade, para justificar as restrições à admissão de residência no território do Estado-membro, se o mesmo comportamento dos seus nacionais não origina a aplicação de medidas repressivas e outras, reais e efectivas, destinadas a combater esse comportamento pessoal.

⁽²⁹⁾ Proc. 67/74, *Bonsignore*, de 26.2.75, Rec. 1975, p. 297, cdo. 5, 6 e 7.

⁽³⁰⁾ Proc. 30/77, *Bocherau*, de 27.10.77, Rec. 1977, p. 1999.

⁽³¹⁾ Ac. *Van Duyn*, cit. (n.º 6), cdo. 24.

⁽³²⁾ Proc. 115 e 116/81, *Adoui*, de 18.5.82, Rec. 1982, p. 1665, cdo. 8.

23. Em que medida é que o comportamento pessoal do acusado pode justificar a aplicação dessa limitação à sua liberdade de circular e residir no território comunitário? No Ac. *Bonsignore* (33), o TJCE precisou que, de acordo com o art.º 3, n.ºs 1 e 2, da Dir. 64/221, as medidas de ordem pública ou de segurança pública não poderão ter como fundamento exclusivamente o comportamento pessoal do indivíduo. E no Ac. *Bocherau* (34), haveria ainda de precisar que a existência de um comportamento penal não poderá ser tida em consideração senão na medida em que essas circunstâncias que originam a condenação demonstrarem a existência de um comportamento pessoal que constitui uma ameaça real à ordem pública.

24. Na sequência do que se afirmou antes, de que a concessão do título de residência não é constitutiva do direito de residência, pode concluir-se que a falta desse título não justifica a negação do direito de residência.

No Ac. *Royer* (35) o TJCE esclareceu que a simples omissão pelo nacional de um Estado-membro das formalidades relativas à entrada, deslocação e residência de estrangeiros, não é de molde a constituir, em si mesma, um comportamento que ameace a ordem e a segurança pública e não poderá, desde logo, justificar a medida de expulsão nem a detenção provisória. Ou, veja-se ainda o Ac. *Sagulo* (36) onde se diz que, em nenhum caso, as sanções para a falta de documentos de identificação poderão ser de tal gravidade que constituam um entrave à liberdade de entrada ou residência prevista no Tratado.

25. Daquilo que se disse, resulta evidente que as medidas que afectam a entrada ou residência dos estrangeiros no território dum dos Estados-membros, baseadas na ordem pública ou na segurança pública são, em si mesmas, discriminatórias. Até onde poderá ir essa discriminação? No Ac. *Van Duyn* (37), o TJCE haveria de explicitar que a noção de ordem pública, enquanto der-

(33) Ac. *Bonsignore*, cit. (n.º 29), cdo. 5.

(34) Ac. *Bocherau*, cit. (n.º 30), cdo. 28.

(35) Ac. *Royer*, cit. (n.º 3), cdo. 51.

(36) Ac. *Sagulo*, cit. (n.º 4), cdo. 12.

(37) Ac. *Van Duyn*, (n.º 6), cdo. 18.

rogação ao princípio geral de liberdade de circulação dos trabalhadores, deverá ser interpretada restritivamente, de modo a impedir que ela seja determinada unilateralmente por cada Estado-membro, sem qualquer controlo da parte dos órgãos comunitários.

No *Ac. Rutili* ⁽³⁸⁾, o Tribunal haveria de ir mais longe, não se limitando a precisar que a noção de ordem pública deve ser interpretada restritivamente; e que essas restrições só serão justificáveis se o comportamento da pessoa em causa constituir uma ameaça real e suficientemente grave à ordem pública. O TJCE remete mesmo para o texto da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, afirmando que as restrições aos direitos dos particulares, por exigência da ordem e segurança pública, não poderão ultrapassar o quadro do que é estritamente necessário para a salvaguarda das necessidades de uma «sociedade democrática».

26. Parece, assim, que medidas como a expulsão ou a proibição de entrada de nacionais de outros Estados-membros podem ser sanções justificadas por razões de defesa da ordem e segurança pública ou da saúde pública. Poderá ser admissível, pelas mesmas razões, a limitação territorial ao direito de residência? No *Ac. Rutili* ⁽³⁹⁾ o Governo francês pretendia limitar a liberdade de circulação de um cidadão italiano a um certo departamento do território francês. O TJCE haveria de esclarecer que as medidas restritivas ao direito de residência, limitadas a uma parte do território nacional, só seriam admissíveis para nacionais de outros Estados-membros, nos casos em que também o fossem para os nacionais desse Estado-membro.

d) Garantias processuais

27. Devem ser asseguradas aos particulares, objecto de limitações a restrições à liberdade de entrar e circular no território de um Estado-membro, garantias para defesa dos seus direitos. Estão neste caso as garantias de que eles sejam

⁽³⁸⁾ *Ac. Rutili*, cit. (n.º 28), 27, 28 e 32.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, cdo. 53.

informados e notificados dessas medidas atempadamente e de que tenham direito de recurso contra as mesmas.

No Ac. *Rutili* ⁽⁴⁰⁾ o TJCE esclareceu que qualquer particular deve gozar de uma dupla garantia que consista na comunicação dos fundamentos de qualquer medida restritiva que lhe é aplicada e na abertura de uma via de recurso. Os Estados-membros estão, assim, obrigados a adoptar todas as disposições necessárias para que os particulares possam gozar desses direitos. Isso implica que os Estados-membros devem comunicar ao interessado, no próprio momento em que a decisão é tomada, os fundamentos precisos e completos da decisão, de modo a que estes possam assegurar eficazmente a sua defesa.

No Ac. *Adoui* ⁽⁴¹⁾ o TJCE considerou que deveria permitir-se ao particular um exame dos factos e circunstâncias, compreendendo os elementos de oportunidade que justificam essa medida. O particular poderá fazer valer os seus meios de defesa perante a autoridade que a vai apreciar, podendo assistir ou fazer-se representar, nas condições processuais previstas pelo direito nacional, assegurando-se que essa medida será apreciada pela autoridade competente. A directiva que regula esta matéria não exige que esta autoridade seja um tribunal ou seja composta por magistrados judiciais. Essencial é que fique claramente definido que quem exerce essas funções o faça com independência e não esteja sujeito directa ou indirectamente, no exercício das suas funções, ao controlo da autoridade chamada a tomar as medidas previstas. O interessado deverá fazer valer os seus meios de defesa perante esta autoridade e fazer-se assistir ou representar conforme o que esteja previsto pela legislação nacional; e as garantias concedidas não poderão ser menos favoráveis ao interessado do que aquelas que, em condições idênticas, seriam aplicáveis aos nacionais.

No Ac. *Royer* ⁽⁴²⁾ o Tribunal esclareceu que o particular poderá introduzir um recurso contra essas medidas e obter a sua suspensão. A medida não

⁽⁴⁰⁾ Ibid., cdo. 37 a 39.

⁽⁴¹⁾ Ac. *Adoui*, cit. (n.º 32), cdo. 15 e ss.

⁽⁴²⁾ Ac. *Royer*, cit. (n.º 3), cdo. 57, 60 e 62.

poderá ser executada antes que o interessado tenha tido a possibilidade de apresentar esse recurso e, salvo caso de urgência, a medida não poderá ser executada antes do particular ter esgotado os meios de recurso de que poderia gozar.

II. LIVRE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES

1. Noção

28. A noção de trabalhador deve ter um carácter comunitário, não podendo variar de Estado para Estado, se não estaria a retirar-se o conteúdo útil às regras do Tratado de Roma. No Ac. *Unger*⁽⁴³⁾, o TJCE considerou como cabendo nesta noção todos os que estão cobertos pelo sistema de segurança social, ou seja, todos os que trabalham no território de um Estado-membro, mesmo os que aí residam após terem ocupado um emprego.

No Ac. *Levin*⁽⁴⁴⁾, esta noção seria melhor definida. Trabalhador é quem desempenha uma tarefa remunerada durante um certo tempo, não se exigindo que seja trabalhador em «full time», podendo mesmo completar o seu rendimento com outros ganhos de trabalho. É irrelevante o motivo por que trabalha noutro Estado-membro diferente do da sua nacionalidade, englobando-se todos os que com um contrato de trabalho ou um contrato de qualquer outro tipo ficam na dependência de um empregador.

⁽⁴³⁾ Proc. 75/63, *Unger*, de 19.3.64, Rec. X, p. 347.

⁽⁴⁴⁾ Proc. 53/81, *Levin*, de 23.3.82, Rec. 1982, p. 1035, cdo. 16 e ss.

2. Beneficiários

29. Os beneficiários são todos os nacionais dos diferentes Estados-membros e ainda as suas famílias (Reg. 1612/68, de 15 de Outubro de 1968, art.º 10, e Reg. 1408/71, de 14 de Junho de 1971). Neste conceito de família integram-se o cônjuge, os descendentes menores e ainda os ascendentes ou outros descendentes que estejam a cargo do trabalhador.

3. Âmbito de aplicação

30. Grande parte das regras e processos relativos à supressão dos obstáculos à entrada e residência (art.º 48, n.º 3) e à igualdade de tratamento (art. 48, n.º 2) foram já referidos, pelo que nos escusamos de os repetir.

No entanto, refiram-se alguns casos concretos, essencialmente no âmbito da segurança social, que procedem à equiparação dos trabalhadores estrangeiros aos trabalhadores nacionais.

Assim, no Ac. *Marsman* ⁽⁴⁵⁾ o TJCE reconheceu o direito de um trabalhador holandês, na RFA, que aí teve um acidente de trabalho, a beneficiar da protecção contra a perda de emprego, como qualquer trabalhador alemão.

No Ac. *Cristini* ⁽⁴⁶⁾ foi reconhecido que o Reg. 1612/62 confere igualdade nas garantias de natureza social e fiscal, e que uma família italiana numerosa, residente em França, poderá beneficiar da redução nos preços de bilhetes de comboio, como acontece com as famílias francesas.

No Ac. *Michel S.* ⁽⁴⁷⁾ foi reconhecido o direito a uma criança diminuída física, filho de um trabalhador italiano na Bélgica, a beneficiar do mesmo auxílio de que beneficiam os filhos dos trabalhadores belgas, nas mesmas condições.

No entanto, no Ac. *Even* ⁽⁴⁸⁾, o TJCE considerou que um antigo combatente francês, residente na Bélgica, onde pede uma pensão atribuída a antigos

⁽⁴⁵⁾ Proc. 44/72, *Marsman*, de 13.12.72, Rec. 1972, p. 1243.

⁽⁴⁶⁾ Proc. 32/75, *Cristini*, de 30.9.75, Rec. 1975, p. 1085.

⁽⁴⁷⁾ Proc. 76/72, *Michel S.*, de 11.4.73, Rec. 1973, p. 457.

⁽⁴⁸⁾ Proc. 207/78, *Even*, de 31.5.79, Rec. 1979, p. 2019.

combatentes, não tem qualquer direito a essa pensão. Isto porque a sua situação não tem qualquer relação com um tratamento enquanto trabalhador, protegido pelo Tratado ou pelo direito derivado.

31. No entanto, grande parte destes direitos, para serem plenamente fruídos, necessitam de uma coordenação prévia dos diferentes sistemas sociais nacionais (cf. art.º 51 e o Reg. 1408/71, J. O. L142/2/71). Esse é um trabalho moroso e complexo que exige a cooperação dos órgãos comunitários e das autoridades nacionais, cujas bases têm vindo, lentamente, a ser definidas.

III. LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO

1. Noção

32. Não cabem no âmbito da liberdade de estabelecimento as actividades assalariadas e as actividades de prestação de serviços, que não tenham por base um estabelecimento estável e permanente; nem os simples movimentos de capitais.

Nos termos do art.º 52 e ss., cabem nesta noção o acesso às actividades não-assalariadas e o seu exercício, e ainda a criação e gestão de empresas, nomeadamente as sociedades (art.º 52, n.º 2). Essencial para caracterizar essa actividade é a independência de gestão e a autonomia do risco económico, que leva a que nela se integrem certas actividades assalariadas, como é o caso do cargo de presidente do conselho de administração de sociedades ou o de gerente de sociedades anónimas.

O direito de estabelecimento engloba tanto o direito a abrir e manter um estabelecimento principal como um estabelecimento secundário — agências, sucursais e filiais — nos termos do § 1.º do art.º 52.

2. Beneficiários

33. Podem ser beneficiários da liberdade de estabelecimento as pessoas singulares, nacionais de um Estado-membro, que podem estabelecer-se no território do seu Estado ou de um outro Estado-membro.

No caso do Ac. *Knoors*⁽⁴⁹⁾, já citado, um canalizador holandês que tinha trabalhado durante vários anos na Bélgica deseja estabelecer-se na Holanda. O TJCE, perante a posição das autoridades holandesas, considerou que a liberdade de estabelecimento não seria plenamente realizada se os Estados-membros pudessem recusar o benefício das normas do Direito Comunitário aos seus nacionais que usaram as facilidades existentes em matéria de circulação e estabelecimento, e que adquiriram as qualificações profissionais num outro país diferente do da sua nacionalidade.

Se é verdade que as normas do Tratado não se aplicam a situações puramente nacionais, no entanto, isso não leva a que se excluam desses benefícios os «nacionais de um Estado-membro» desejosos de se estabelecerem num outro Estado, que residiram regularmente num certo Estado-membro e aí adquiriram uma qualificação profissional reconhecida pelo Direito Comunitário⁽⁵⁰⁾.

34. Ainda quanto às pessoas singulares, para que possam abrir um estabelecimento secundário, é necessário que o estabelecimento principal se encontre situado no território de um Estado-membro (cf. art.º 58, § 1).

(49) Ac. *Knoors*, cit. (n.º 15), cdo. 20 e 24.

(50) Cf. a mesma ideia no Ac. *Broekmeulen*, cit. (n.º 17), cdo. 20.

35. Quanto às pessoas colectivas, gozam da liberdade de estabelecimento que lhes é reconhecida pelo art.º 58 e pela Convenção de 29 de Fevereiro de 1968, celebrada ao abrigo do art.º 220 CEE.

A noção do que é uma sociedade, para o Direito Comunitário, é dada em termos muito amplos pelo art.º 58. E compreende-se que assim seja, dada a necessidade de nela compreender os diferentes tipos de sociedades existentes, de acordo com os regimes jurídicos dos diferentes Estados-membros.

No § 1 do mesmo art.º 58, fixa-se uma série de critérios de ligação à CEE para que a sociedade possa gozar da liberdade de estabelecimento, mas não se faz qualquer referência ao «critério do controlo».

Quanto ao estabelecimento secundário, resulta da combinação do art.º 58 com o art.º 52, § 1, que terá de haver um vínculo efectivo e contínuo com a economia de um dos Estados-membros.

3. Âmbito da liberdade de estabelecimento

36. Quanto à supressão dos obstáculos, já quase tudo foi dito quando nos referimos às regras comuns. Essa supressão deve abranger os obstáculos à entrada e permanência; e deve implicar uma igualdade de tratamento entre os nacionais dos diferentes Estados-membros (art.ºs 52, 53 e 54).

Isso implica a eliminação das discriminações formais directas (ex.: um estrangeiro não pode aceder ao exercício de uma profissão e aí estabelecer-se, só porque é estrangeiro) ou indirectas (ex.: um estrangeiro não pode celebrar contratos necessários para a sua profissão, ou não pode adquirir bens essenciais ao exercício da mesma). Assim como implica a eliminação das discriminações materiais que existem, quando a nacionalidade não é indicada mas se torna mais difícil aos estrangeiros aceder a essa actividade ou exercê-la.

4. Execução do princípio da liberdade de estabelecimento

37. Quanto às novas medidas restritivas da liberdade de estabelecimento, elas estão totalmente proibidas pelo art.º 53 e pela cláusula de «standstill».

No Ac. *Costa c. ENEL* ⁽⁵¹⁾, o TJCE teve oportunidade de precisar que, para se respeitar o art.º 53, basta que nenhuma medida nova sujeite o estabelecimento dos nacionais dos demais Estados-membros a uma regulamentação mais severa do que a reservada aos nacionais, qualquer que seja o regime jurídico aplicável.

Quanto às medidas restritivas existentes, elas deverão ser eliminadas durante o período de transição (art.º 54), através do Programa Geral e das directivas de supressão. Considera-se, desde 1970, que esta obrigação é dotada de efeito directo, tal como o Tribunal o definiu no Ac. *Reyners* ⁽⁵²⁾. Nestes termos, desde o final do período de transição, o art.º 52 é uma disposição dotada de efeito directo, mesmo na falta das directivas previstas no n.º 2 do art.º 54 e do n.º 1 do art.º 57.

38. As excepções a este direito são as já referidas e previstas nos art.ºs 55 («exercício da autoridade pública») e 56 (razões de ordem pública, segurança pública e de saúde pública).

39. Quanto aos entraves não discriminatórios, em relação à nacionalidade, eles são, em princípio, permitidos. No entanto, o n.º 2 do art.º 57 aponta para a necessidade da sua coordenação. A razão de ser desta exigência justifica-se pela sua indispensabilidade para se assegurar uma efectiva liberdade de circulação de pessoas e serviços. E isso só se conseguirá se houver uma efectiva coordenação das condições de acesso e exercício a essas profissões. É nesse sentido que devem ser adoptados os actos jurídicos que permitam a realização desse objectivo.

No Ac. *Reyners* ⁽⁵³⁾ o TJCE precisou que o Programa geral e as directivas visavam dois objectivos: a eliminação, no decurso do período de transição, dos obstáculos que se opunham à realização da liberdade de estabelecimento; e a introdução na legislação dos Estados-membros de um conjunto de disposições destinadas a facilitar o exercício efectivo dessa liberdade com vista a

⁽⁵¹⁾ Proc. 6/64, *Costa c. ENEL*, de 15.6.64, Rec. X, p. 1141.

⁽⁵²⁾ Ac., *Reyners*, cit. (n.º 7), cdo. 25, 26 e 32.

⁽⁵³⁾ Ac. *Reyners*, cit. (n.º 7), cdo. 21 e 22.

favorecer uma interpenetração económico-social no interior da Comunidade e no domínio das actividades não-assalariadas. Este segundo objectivo, visado por certas alíneas do n.º 3 do art.º 54 e pelo art.º 57, respeita nomeadamente à colaboração entre as diferentes Administrações nacionais e à adaptação dos processos e práticas administrativas por elas adoptados

No Ac. *Patrick* ⁽⁵⁴⁾ o TJCE foi ainda mais claro e precisou que não se pode opor ao efeito directo da regra do tratamento nacional do art.º 52 o não se terem adoptado todas as directivas previstas nos art.ºs 54 e 57, ou pelo facto de algumas directivas não terem plenamente realizado o objectivo de não-discriminação do art.º 52. Após o período transitório, as directivas previstas no capítulo relativo ao direito de estabelecimento tornaram-se supérfluas para a execução da regra de tratamento nacional.

Parece que se poderá assim concluir pelo carácter não indispensável dessas directivas para se assegurar a plena e efectiva liberdade de estabelecimento. Parece ir nesse sentido a jurisprudência do TJCE já referida, assim como o decidido no Ac. *Thieffry* ⁽⁵⁵⁾. De acordo com o Tribunal, o art.º 57 visa conciliar a liberdade de estabelecimento com a aplicação das regras profissionais nacionais justificadas pelo interesse geral, nomeadamente as regras relativas à organização, qualificação, deontologia, controlo e responsabilidade, desde que essa aplicação não seja feita de forma discriminatória. Quando a liberdade de estabelecimento prevista no art.º 52 possa ser assegurada num Estado-membro, em virtude das suas disposições em vigor, sejam elas práticas administrativas ou de corporações profissionais, o benefício efectivo desta liberdade não poderá ser recusado a um cidadão comunitário, em virtude do facto de para essa profissão as directivas previstas no art.º 57 não terem ainda sido adoptadas.

No entanto, no Ac. *Patrick* ⁽⁵⁶⁾, o TJCE parece afastar-se um pouco desta ideia ao precisar que a existência nos diferentes Estados-membros de diversos tipos de diplomas constitui um entrave ao exercício efectivo da liberdade de estabelecimento cuja eliminação, nos termos do art.º 57, n.º 1, deverá ser facilitada pelas directivas do Conselho de Ministros visando o reconhecimento mútuo dos

⁽⁵⁴⁾ Proc. 11/77, *Patrick*, de 28.6.77, Rec. 1977, p. 1199, cdo. 12 e 13.

⁽⁵⁵⁾ Ac. *Thieffry*, cit. (n.º 11), cdo. 11, 12 e 17.

⁽⁵⁶⁾ Ac. *Patrick*, cit. (n.º 54), cdo. 16.

diplomas, certificados e outros títulos. Ou seja, parece fazer-se depender, aqui, o reconhecimento desses direitos da existência de directivas de coordenação e, portanto, reconhecendo-se a sua indispensabilidade.

40. A razão de ser desta necessidade de reconhecimento de títulos está relacionada com a necessidade de se tornar mais eficaz a liberdade de estabelecimento, pois os diplomas e títulos são normalmente uma condição indispensável para o exercício de uma profissão independente. Tendo em atenção as diferenças existentes no ensino, na formação e na concessão de diplomas nos diferentes Estados-membros, compreender-se-á melhor a dificuldade e a necessidade dessa coordenação.

É neste sentido que se pronuncia o TJCE, no já citado *Ac. Reyners*⁽⁵⁷⁾, segundo o qual as directivas não perderam todo o seu interesse, pois mantêm um campo de aplicação importante quanto a medidas destinadas a favorecer o exercício efectivo do direito de estabelecimento. Mas, desde o final do período de transição, o art.º 52 é dotado de efeito directo, não obstante a falta eventual de directivas, em certos domínios previstos pelo n.º 2 do art.º 54 e pelo n.º 1 do art.º 57.

No *Ac. Thieffry*⁽⁵⁸⁾ o TJCE repetiu esta ideia. As directivas visam: o reconhecimento mútuo dos diplomas e a coordenação de disposições legislativas e administrativas dos Estados-membros respeitantes às actividades não-assalariadas, com vista à compatibilização do princípio da liberdade de estabelecimento com as regras nacionais relativas ao acesso e exercício das diferentes profissões. E, reportando-se ao caso concreto, o Tribunal decidiu que o facto de se exigir o diploma francês, enquanto o seu diploma obtido noutra Estado-membro tinha sido reconhecido como equivalente, após ter passado com sucesso as provas para o exercício da profissão, mesmo na falta das directivas previstas pelo art.º 57, constitui uma restrição incompatível com a liberdade de estabelecimento consagrada no art.º 52.

No *Ac. Patrick*⁽⁵⁹⁾ precisa-se que a circunstância destas directivas não terem sido adoptadas não autoriza o Estado-membro a recusar o benefício dessa

(57) *Ac. Reyners*, cit. (n.º 7), cdo. 31 e 32.

(58) *Ac. Thieffry*, cit. (n.º 11), 11, 12 e 27.

(59) *Ac. Patrick*, cit. (n.º 34), cdo. 17.

liberdade, quando ela possa ser assegurada através de disposições legislativas ou regulamentares já em vigor.

No entanto, no Ac. *Auer* ⁽⁶⁰⁾, o TJCE haveria de precisar que resulta das normas dos art.ºs 54 e 57 que a liberdade de estabelecimento não está suficientemente assegurada pela simples aplicação da regra de tratamento nacional; porque há ainda as condições diversas resultantes de não se possuir a nacionalidade do Estado-membro de acolhimento. E, em especial, as resultantes da disparidade de condições a que está sujeita, nas diferentes ordens jurídicas, a aquisição de uma qualificação profissional adequada. Para que haja uma aplicação efectiva do princípio da liberdade de estabelecimento é necessária a adopção de directivas de reconhecimento dos diplomas.

Parece assim poder concluir-se, quanto às discriminações baseadas na nacionalidade, que o art.º 52 é dotado de efeito directo, o que torna supérfluas as directivas de execução; o mesmo não acontece quando o reconhecimento de uma efectiva liberdade de estabelecimento dependa do reconhecimento dos diplomas ou demais títulos em que se torna indispensável essa coordenação prévia.

41. Podem, no entanto, ser adoptadas medidas transitórias enquanto não houver uma harmonização total de um sector, de uma actividade ou profissão. Trata-se de medidas transitórias que visam eliminar as restrições mais evidentes à liberdade de estabelecimento.

No Ac. *Knoors* ⁽⁶¹⁾ o TJCE refere-se expressamente à Dir. 64/427, que visa facilitar a realização da liberdade de estabelecimento e a livre circulação de serviços num grande número de profissões na indústria e artesanato, enquanto se espera pela harmonização das condições de acesso às actividades em causa nos diferentes Estados-membros, medida indispensável a uma liberalização completa.

⁽⁶⁰⁾ Ac. *Auer*, cit. (n.º 16), cdo. 21 e 22.

⁽⁶¹⁾ Ac. *Knoors*, cit. (n.º 15), cdo. 9.

IV. LIVRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

42. Como já se referiu, a livre prestação de serviços tem um carácter residual. Tal como resulta do § 1 do art.º 60 e do art.º 61, o que não couber no âmbito da livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas caberá neste capítulo.

Exige-se, no entanto, que se trate de prestações que sejam realizadas contra o pagamento de uma remuneração (cf. art.º 60, § 1).

Estas prestações pressupõem um elemento transnacional. Pode ser a deslocação do prestador para o território de um outro Estado-membro; pode ser a deslocação do beneficiário do serviço (ex.: turistas); ou pode ser a simples deslocação do serviço (ex.: actividade bancária).

No Ac. *Koestler* ⁽⁶²⁾ onde estava em causa exactamente o exercício da actividade bancária, o TJCE considerou que esta actividade era uma verdadeira prestação de serviços, nos termos do § 1 do art.º 60 que compreende, de um modo geral, todas as actividades comerciais. No caso concreto, as operações não poderiam ser consideradas meramente internas a um Estado-membro, só porque o beneficiário transferiu o seu domicílio para outro Estado-membro, pois estava preenchido o requisito do § 1 do art.º 59, nos termos do qual as medidas de liberalização previstas no Tratado devem beneficiar qualquer prestador de serviços «estabelecido num país da Comunidade diferente do do destinatário da prestação».

Também se englobam nesta noção as prestações de serviços no sector dos seguros ou das emissões televisivas. Aliás, no Ac. *Debauve* ⁽⁶³⁾, onde estava em causa a actividade de uma rede de teledistribuição na Bélgica de canais de televisão alemã com publicidade, que é proibida nos canais belgas, o TJCE considerou que se tratava de uma efectiva prestação de serviços, e não de estabelecimento, tendo em conta a sua duração, a sua amplitude, o alcance principal da sua actividade e a natureza da instalação.

(62) Proc. 15/78, *Koestler*, de 24.10.78, Rec. 1978, p. 1971.

(63) Proc. 52/79, *Debauve*, de 18.3.80, Rec. 1980, p. 833, cdo. 8.

1. Beneficiários

43. Os beneficiários da liberdade de prestação de serviços serão todos os prestadores estabelecidos num outro Estado-membro diferente do do destinatário do mesmo serviço.

No Ac. *Van Binsberg* ⁽⁶⁴⁾ um cidadão holandês havia escolhido como seu mandatário, para o representar judicialmente junto de um tribunal holandês, um advogado holandês estabelecido na Bélgica. A lei holandesa aplicável preceitua que só poderão agir na qualidade de representantes, perante a jurisdição holandesa, os que estejam estabelecidos na Holanda. O TJCE considerou que o § 1 do art.º 59 e o § 3 do art.º 60 proibem que uma legislação nacional torne impossível, pela exigência de uma residência permanente no seu território, a prestação de serviços por pessoas estabelecidas no território de outro Estado-membro, dado que a prestação de serviços não está sujeita a qualquer condição especial exigida pela legislação nacional aplicável.

Também pode acontecer que o prestador e o destinatário do serviço estejam situados no mesmo Estado. Então, o elemento transnacional tem um carácter indirecto, mas não se trata, em qualquer caso, de uma situação meramente interna.

No Ac. *Debauve* ⁽⁶⁵⁾ o TJCE esclareceu que os art.ºs 59 e 60 não proibem que uma qualquer regulamentação nacional se oponha à transmissão de mensagens publicitárias de teledistribuição, assim como à emissão de mensagens publicitárias por televisão, desde que esta regulamentação seja aplicada sem distinção, no que respeita à origem nacional ou estrangeira dessas mensagens, ou à nacionalidade do seu prestador, ou ao local do seu estabelecimento.

44. No caso das pessoas colectivas, para que elas possam gozar dessa liberdade, exige-se «um vínculo efectivo e contínuo», no caso em que a sociedade constituída de acordo com o art.º 58 tenha a sua sede estatutária na CEE.

⁽⁶⁴⁾ Ac. *Van Binsberg*, cit. (n.º 8), cdo. 17.

⁽⁶⁵⁾ Ac. *Debauve*, cit. (n.º 63), cdo. 16.

2. Âmbito da liberdade de prestação de serviços

45. Para se assegurar a liberdade de prestação de serviços, é preciso assegurar previamente a eliminação das restrições à liberdade de entrar e residir, e ainda terá de se assegurar uma efectiva igualdade de tratamento (cf. art.ºs 59, 60, 62 e 63).

Quanto às restrições a eliminar, a analogia é total com o que vimos passar-se na liberdade de estabelecimento, pelo que consideramos escusado repeti-lo. Há uma proibição absoluta de criação de novas restrições (art.º 62); e, quanto às medidas existentes, elas deverão ser eliminadas durante o período transitório (art.º 65), através da adopção do Programa Geral e das directivas de supressão (art.º 63). Desde o final do período de transição que se reconhece o efeito directo dos art.ºs 59 e 60, como o Tribunal afirmou no Ac. *Binsberg* ⁽⁶⁶⁾. Aí se reconheceu que os art.ºs 59, § 1, e 60, § 3 são dotados de efeito directo e poderão ser invocados perante os tribunais nacionais, na medida em que visam a eliminação de quaisquer discriminações aplicáveis a um prestador, em virtude da sua nacionalidade ou pelo facto de residir num Estado-membro diferente daquele onde a sua prestação foi fornecida.

46. As excepções previstas a esta liberdade são, por força do art.º 66, as mesmas aplicáveis à liberdade de estabelecimento, previstas nos art.ºs 55 e 56.

47. Poderá a liberdade de prestação de serviços ficar dependente de condições como a existência de um estabelecimento ou domicílio no Estado-membro onde vai ser prestado o serviço, ou mesmo da concessão de uma licença?

No Ac. *Van Binsberg* ⁽⁶⁷⁾, o TJCE teve oportunidade de esclarecer, no que respeita a actividades profissionais que gozam, no interior de um Estado-membro, de um regime de liberdade total, que a exigência de residência no território desse Estado-membro constitui uma restrição incompatível com os art.ºs 59 e 60, pois o bom funcionamento da justiça poderá ser satisfeito graças a medidas menos restritivas, como a escolha de um domicílio para as necessidades de comunicação judicial.

⁽⁶⁶⁾ Ac. *Van Binsberg*, cit. (n.º 8), cdo. 26 e 27

⁽⁶⁷⁾ Idem, cdo. 16.

No Ac. *Van Wesemael* ⁽⁶⁸⁾, o Tribunal precisou que, quando o exercício de uma actividade só se possa fazer através da emissão de uma licença e sujeita ao controlo das autoridades nacionais, não poderá impor-se, sob pena de violação do art.º 59, aos particulares estabelecidos num outro Estado-membro, que satisfaçam tais condições ou tenham de passar por um intermediário ou por um titular de uma licença. No entanto, essa exigência será admissível se se mostrar objectivamente necessária para garantir a observação das regras profissionais e assegurar a sua protecção. Uma tal exigência não é objectivamente necessária quando a prestação for efectuada por um serviço de colocação de artistas, integrado na Administração Pública de um Estado-membro; ou quando o prestador estabelecido noutra Estado-membro tenha aí uma licença emitida em condições idênticas às exigidas pelo Estado onde a prestação é fornecida. Isto, se as actividades estiverem, no primeiro Estado, sujeitas a uma vigilância adequada, no que respeita à colocação de artistas, qualquer que seja o Estado destinatário da prestação.

E, no Ac. *Webb* ⁽⁶⁹⁾, o Tribunal admite que os Estados-membros sujeitem a colocação de mão-de-obra estrangeira no seu mercado a uma autorização prévia, com vista a evitar um excesso de mão-de-obra. No entanto, esta medida ultrapassaria o fim prosseguido, no caso em que essa exigência de emissão de uma autorização, a ser aplicada, constituísse uma dupla exigência, adicionada às regras do país de estabelecimento. O princípio da livre prestação de serviços exige que o Estado-membro destinatário da prestação de serviços não faça, na apreciação do pedido e da autorização e na sua concessão, qualquer distinção em razão da nacionalidade ou do local de estabelecimento do prestador. Terá mesmo de ter em conta a justificação e as garantias já apresentadas pelo prestador para o exercício da sua actividade no Estado-membro de estabelecimento.

48. Quanto aos entraves não discriminatórios, em relação aos nacionais e ao seu domicílio, recorda-se que, no Ac. *Van Binsberg* ⁽⁷⁰⁾, o TJCE afirmou

⁽⁶⁸⁾ Proc. 110 e 111/78, *Van Wesemael*, de 18.1.79, Rec. 1979, p. 35, cdo. 29 e 30.

⁽⁶⁹⁾ Proc. 76/81, *Webb*, de 17.2.81, Rec. 1981, p. 3305, cdo. 19 e 20.

⁽⁷⁰⁾ Ac. *Van Binsberg*, cit. (n.º 8), cdo. 16.

que a exigência de residência constitui uma restrição incompatível com os art.ºs 59 e 60, porque o bom funcionamento da justiça poderia ser satisfeito com medidas menos restritivas.

Mas, no Ac. *Debauve* ⁽⁷¹⁾, o TJCE considerou que um regulamento nacional que se oponha à transmissão televisiva de mensagens publicitárias não poderá ser considerado como constituindo uma medida desproporcionada em relação ao objectivo visado nem como uma discriminação proibida pelo Tratado face aos emitentes estrangeiros.

E, no Ac. *Seco* ⁽⁷²⁾, o TJCE considerou que o Direito Comunitário não se opõe a que os Estados-membros apliquem as suas legislações ou as convenções colectivas de trabalho concluídas pelos parceiros sociais, relativas aos salários mínimos, a qualquer pessoa que efectue um trabalho assalariado, mesmo que temporário, no seu território, qualquer que seja o país de estabelecimento do empregador. Mas, não será meio adequado, para impor o respeito por essas regras, um regulamento ou prática que imponha, de modo geral, um encargo social ou para-social, restritivo da liberdade de prestação de serviços a todos os prestadores de serviços estabelecidos noutro Estado-membro e empregando trabalhadores nacionais de um terceiro Estado, quer eles tenham ou não respeitado a regulamentação em matéria de salário social mínimo no Estado-membro onde se efectua a prestação, dado que uma tal medida de carácter geral não estaria, por natureza, apta a fazer respeitar essa regulamentação, nem a beneficiar, de qualquer modo, a mão-de-obra em causa.

Podemos, assim, concluir pela inadmissibilidade dos entraves não-discriminatórios relativos à nacionalidade ou ao domicílio, excepto nos casos em que estejam justificados pelo interesse geral.

49. Quanto à coordenação necessária para o reconhecimento de diplomas e outros títulos, remete o art.º 66 para o art.º 57, relativo à liberdade de estabelecimento. Como já tivemos oportunidade de apreciar essa questão, remetemos para o que, a propósito da liberdade de estabelecimento, foi dito.

⁽⁷¹⁾ Ac. *Debauve*, cit. (n.º 63), cdo. 22.

⁽⁷²⁾ Proc. 62 e 63/81, *Seco*, de 3.2.82, Rec. 1982, p. 223, cdo. 14.

V. A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS

50. De acordo com o art.º 106 e com os princípios fixados pelo Tratado de Roma em geral, é preciso garantir a liberdade de pagamentos e de transmissão de capitais, no seio do Mercado Comum. De facto, essa exigência constitui um complemento necessário à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais. Doutro modo, o trabalhador não poderia transferir o seu salário; o profissional liberal não poderia transferir os seus honorários ou a sociedade não poderia transferir os seus ganhos, desde que exercessem a respectiva actividade no território doutro Estado-membro.

Neste âmbito se integra a Dir. 63/340, de 31 de Maio de 1963, relativa à supressão das regras jurídicas relativas à circulação de divisas que restrinjam a circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais. Ou, ainda, a Dir. 63/474, de 30 de Julho de 1963, relativa à transacção de «invisíveis» resultantes do turismo, dos transportes de mercadorias ou de viajantes, da publicidade, etc.

O art.º 106 do Tratado de Roma fixa uma cláusula de «standstill» (n.º 3) e os Estados-membros declaram a vontade de, progressivamente, eliminarem as restrições existentes. É, pois, neste âmbito que se devem apreciar as regras relativas à liberdade de circulação de capitais, regulada pelos art.ºs 67 e ss.

Princípios

51. O princípio geral que preside a este capítulo é o da necessidade de eliminação «progressiva das restrições», na medida necessária ao bom funcionamento do Mercado Comum (art.º 67, n.º 1), para se assegurar a livre circulação de capitais. Essas restrições podem ser as mais diversas e podem estar ligadas ao fornecimento de mercadorias; ou às remunerações de prestações de serviços ou de trabalhadores; ou relativas à regulamentação das trocas ou aos investimentos. É preciso, no entanto, ter em consideração que grande parte dessas regras constitui o nó fundamental das políticas económicas e monetárias nacionais.

Assim se compreende que, neste domínio, os Estados-membros conservem grande parte da sua competência, como se pode ver no âmbito da política relativa à taxa de câmbio (art.ºs 105, n.º 2, e 107) ou no âmbito da balança de pagamentos (art.ºs 108 e 109).

Poderá, assim, dizer-se que a liberdade de circulação de capitais é o «parente pobre» no âmbito das quatro liberdades. Não só em termos de objectivos e de resultados conseguidos, mas também porque as regras fixadas são normalmente menos vinculantes do que aquelas aplicáveis no âmbito das demais liberdades.

Quanto aos resultados obtidos, só se poderá falar de alguma liberalização no que respeita aos investimentos directos, aos investimentos imobiliários, aos investimentos de capitais de carácter pessoal e aos créditos a curto e médio prazo.

52. Pode, no entanto, dizer-se que, tal como resulta do art.º 3, al. c), a livre circulação de capitais não é meramente instrumental em relação às demais liberdades, pois elas são aí referidas em paralelo e em plano de igualdade. Contudo, no Ac. *Casati* ⁽⁷³⁾, o TJCE teve oportunidade de chamar a atenção para que a liberdade de circulação de certos tipos de capitais constitui uma pré-condição para o exercício efectivo das demais liberdades garantidas pelo Tratado e, em especial, da liberdade de estabelecimento. E, de facto, o progresso que tem sido conseguido no âmbito da livre circulação de capitais tem estado essencialmente ligado a movimentos de capitais relacionados com a circulação de mercadorias, pessoas ou serviços.

53. De acordo com o art.º 67, n.º 1, no âmbito da livre circulação de capitais cabem apenas os capitais circulando entre os Estados-membros, não entre um Estado-membro e um terceiro Estado; nem as transferências de capitais exclusivamente realizadas no interior de um Estado.

Quanto às restrições que se visam eliminar, tanto podem ser restrições à saída de capitais — as mais frequentes — como à sua entrada. Quanto à forma que elas podem assumir, é indiferente, podendo tratar-se de actos legislativos ou de meros actos administrativos. Estão incluídas nesta noção todas as restrições baseadas na nacionalidade ou no local de residência dos particulares ou no local onde o capital vai ser investido.

⁽⁷³⁾ Proc. 203/80, *Casati*, de 11.11.81, Rec. 1981, p. 2595.

54. Quanto às restrições que devem ser proibidas, serão todas aquelas que restrinjam a circulação de capitais de «pessoas residentes nos Estados-membros», o que compreende não só os seus nacionais como terceiros que aí residam. É aos Estados-membros que caberá definir aquele que é ou não juridicamente residente no seu território.

55. Os poucos resultados conseguidos neste domínio deverão apreciar-se em função da forma liberal como estão redigidos os artigos do próprio Tratado de Roma, relativos à liberdade de circulação de capitais. Assim, o art.º 68, n.º 1, fala da concessão das autorizações cambiais «o mais liberalmente possível»; o art.º 71 diz que os Estados-membros «esforçar-se-ão» para não reforçar as restrições existentes em matéria de câmbios; e o art.º 73 prevê a possibilidade de adopção de medidas de protecção em caso de perturbação do funcionamento do mercado de capitais, mesmo após o final do período transitório, se bem que esta medida só possa ser adoptada com a autorização da Comissão, podem ser tomadas medidas directas de protecção, a título provisório, por motivos de carácter secreto e urgente (n.º 2).

Por sua vez, o art.º 68, n.º 3, estabelece que os empréstimos destinados a financiar directa ou indirectamente um Estado-membro ou uma outra pessoa colectiva de direito público só poderão ser emitidos e colocados nos demais Estados-membros, depois do acordo dos interessados.

56. Quanto ao art.º 69, que prevê a adopção das directivas necessárias à realização dos objectivos fixados no art.º 67, pouco se tem feito nessa matéria. Poderão citar-se a Dir. 69/335, de 17 de Julho de 1969, relativa à harmonização dos impostos indirectos sobre a reunião de capitais, ou a Dir. 79/279, de 5 de Março de 1979, relativa à coordenação das condições de funcionamento das bolsas de valores móveis nos Estados-membros.

No âmbito da supressão progressiva das restrições relativas à circulação de capitais, refiram-se as duas primeiras directivas: a Dir. de 11 de Maio de 1960 (J.O. de 12.7.1960) e a Dir. n.º 63/21, de 18 de Dezembro de 1962 (J.O. de 22.1.1963), relativas à supressão das restrições aos câmbios e às operações ligadas à prestação de serviços e às transferências das economias dos trabalhadores migrantes. Também a Dir. 43/83, de 28 de Junho de 1973, visou suprimir as restrições relativas à liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços, no domínio da actividade bancária e outros estabelecimentos afins.

57. Podemos, pois, concluir que estão praticamente liberalizadas as funções directamente ligadas ao funcionamento do mercado comum. Mas, não estão quase nada liberalizados os movimentos de capitais para fins especulativos. Logo, o mercado comum de capitais está bem longe da sua plena realização.

As dificuldades que o têm impedido têm a ver com as diferentes regras legislativas e regulamentares que regulam a matéria, como o sejam as diferentes regulamentações fiscais existentes entre os Estados-membros, com possibilidade mesmo de dupla tributação; as diferenças nas taxas de câmbio; e ainda com a liberdade de estabelecimento das instituições privadas de crédito.

58. Quanto ao efeito jurídico do art.º 67 e seguintes, no Ac. *Casati* ⁽⁷⁴⁾, o TJCE negou o efeito directo a essas disposições, nomeadamente ao § 1 do art.º 71. A única excepção parece ser o n.º 2 do art.º 68, que parece ser dotado de efeito directo. No entanto, isso não impede que as directivas que desenvolvem esses artigos do Tratado possam, elas próprias, conter normas dotadas de efeito directo. E, no mesmo Ac. *Casati*, o TJCE deixou implícito que poderia declarar essas directivas como inválidas, se elas não procedessem à liberalização de um forma específica de movimento de capitais, se uma tal liberalização fosse «necessária para assegurar o funcionamento do mercado comum».

⁽⁷⁴⁾ Ac. *Casati*, cit. (n.º 73).

**DECISÕES
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DAS COMUNIDADES**

Processo n.º 2/74

JEAN REYNERS C. ETAT BELGE

Acordão de 21 de Junho de 1974

EN DROIT

1. Attendu que, par arrêt du 21 décembre 1973, parvenu au greffe de la Cour le 9 janvier 1974, le Conseil d'État de Belgique a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, deux questions concernant l'interprétation des articles 52 et 55 du traité CEE relatifs au droit d'établissement, en rapport avec l'exercice de la profession d'avocat;

2. que ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un recours introduit par un ressortissant néerlandais, détenteur du diplôme légal ouvrant en Belgique l'accès à la profession d'avocat, qui se trouve écarté de celle-ci en raison de sa nationalité par l'effet de l'arrêt royal du 24 août 1970 relatif au titre et à l'exercice de la profession d'avocat (Moniteur belge, 1970, p. 9060);

Sur l'interprétation de l'article 52 du traité CEE

3. Attendu que le Conseil d'État demande si l'article 52 du traité CEE est, depuis la fin de la période de transition, une «disposition directement applicable», et ce nonobstant l'absence des directives prévues aux articles 54, paragraphe 2, et 57, paragraphe 1, du traité;

4. attendu que les gouvernements belge et irlandais ont fait valoir, pour des motifs largement concordants, qu'on ne saurait reconnaître un tel effet à l'article 52;

5. que, replacé dans le contexte du chapitre relatif au droit d'établissement, auquel il est expressément renvoyé par les termes «dans le cadre des dispositions ci-après», cet article ne constituerait, en raison de la complexité de la matière, que l'énoncé d'un simple principe, dont la mise en oeuvre serait nécessairement subordonnée à un ensemble de dispositions complémentaires, tant communautaires que nationales, prévues par les articles 54 et 57;

6. que la forme choisie par le traité pour ces actes de mise en oeuvre — établissement d'un «programme général», exécuté à son tour par un ensemble de directives — confirmerait l'absence d'effet direct de l'article 52;

7. qu'il n'appartiendrait pas au juge d'exercer un pouvoir d'appréciation réservé aux institutions législatives de la Communauté et des États membres;

8. que cette argumentation a été appuyée en substance par les gouvernements britannique et luxembourgeois, ainsi que par l'Ordre national des avocats de Belgique, partie intervenante au principal;

9. attendu que le requérant au principal, pour sa part, observe que seule est en cause, dans son cas, une discrimination de nationalité, du fait qu'il est soumis à des conditions d'admission à la profession d'avocat non applicables aux ressortissants belges;

10. qu'à cet égard, l'article 52 constituerait une disposition claire et complète, susceptible de produire un effet direct;

11. que le gouvernement allemand, appuyé en substance par le gouvernement néerlandais, rappelant l'arrêt rendu par la Cour de justice le 16 juin 1966 dans l'affaire 57-65, Lütticke (Recueil 1966, p. 293), estime que les dispositions imposant aux États membres une obligation que ceux-ci doivent exécuter dans un délai déterminé deviennent directement applicables lorsque, à l'expiration de ce délai, l'obligation n'a pas été remplie;

12. qu'au terme de la période de transition, les États membres n'auraient donc plus la possibilité de maintenir des restrictions à la liberté d'établissement, l'article 52 ayant, à partir de cette époque, le caractère d'une disposition en elle-même complète et juridiquement parfaite;

13. que, dans ces conditions, le «programme général» et les directives prévues par l'article 54 n'auraient eu d'importance que pour la période de transition, la liberté d'établissement étant pleinement réalisée à la fin de celle-ci;

14. que la Commission, malgré les doutes qu'elle éprouve au sujet de l'effet direct de la disposition soumise à interprétation — tant à raison du renvoi, par le traité, au «programme général» et aux directives d'application qu'en raison de la teneur de certaines directives de libéralisation déjà prises, qui n'atteindraient pas en tous points à une égalité de traitement parfaite — estime cependant que l'article 52 aurait, à tout le moins, un effet direct partiel, pour autant qu'il prohibe spécifiquement les discriminations de nationalité;

15. attendu que l'article 7 du traité, qui fait partie des «principes» de la Communauté, dispose que, dans le domaine d'application du traité et sans préjudice des dispositions particulières que celui-ci prévoit, «est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité»;

16. que l'article 52 assure la mise en oeuvre de cette disposition générale dans le domaine particulier du droit d'établissement;

17. que, par les mots «dans le cadre des dispositions ci-après», il renvoie à l'ensemble du chapitre relatif au droit d'établissement et demande, dès lors, à être interprété dans ce cadre général;

18. qu'après avoir indiqué que «les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont progressivement supprimées au cours de la période de transition», l'article 52 énonce le principe directeur de la matière en disposant que la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice «dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants»;

19. qu'en vue de la réalisation progressive de cet objectif au cours de la période de transition, l'article 54 prévoit l'élaboration, par le Conseil, d'un «programme général» et, pour la mise en oeuvre de ce programme, de directives destinées à réaliser la liberté d'établissement pour les différentes activités en cause;

20. qu'outre ces mesures de libéralisation, l'article 57 prévoit des directives destinées à assurer la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres et, de manière générale, la coordination des législations en matière d'établissement et d'exercice des activités non salariées;

21. qu'il apparaît de ce qui précède que, dans le système du chapitre relatif au droit d'établissement, le «programme général» et les directives prévus par le traité sont destinés à accomplir deux fonctions, la première étant d'éliminer, au cours de la période de transition, les obstacles qui s'opposaient à la réalisation de la liberté d'établissement, la seconde consistant à introduire, dans la législation des États membres, un ensemble de dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de cette liberté, en vue de favoriser l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées;

22. que c'est ce second objectif que visent, d'une part, certaines de dispositions de l'article 54, paragraphe 3, concernant notamment la collaboration entre les administrations nationales compétentes et l'adaptation des procédures et pratiques administratives et, d'autre part, l'ensemble des dispositions de l'article 57;

23. que l'effet des dispositions de l'article 52 doit être déterminé dans le cadre de ce système;

24. attendu que la règle du traitement national constitue l'une des dispositions juridiques fondamentales de la Communauté;

25. qu'en tant que renvoi à un ensemble de dispositions législatives effectivement appliquées par le pays d'établissement à ses propres nationaux cette règle est, par essence, susceptible d'être invoquée directement par les ressortissants de tous les autres États membres;

26. qu'en fixant à la fin de la période de transition la réalisation de la liberté d'établissement, l'article 52 prescrit ainsi une obligation de résultat précise, dont l'exécution devait être facilitée, mais non conditionnée, par la mise en oeuvre d'un programme de mesures progressives;

27. que le fait que cette progressivité n'ait pas été respectée laisse entière l'obligation elle-même au-delà du terme prévu pour son exécution;

28. que cette interprétation est conforme à l'article 8, paragraphe 7, du traité, aux termes duquel l'expiration de la période de transition constitue le terme extrême pour l'entrée en vigueur de l'ensemble des règles prévues par le traité et pour la mise en place de l'ensemble des réalisations que comporte l'établissement du Marché commun;

29. attendu qu'on ne saurait invoquer, à l'encontre d'un tel effet, la circonstance que le Conseil a manqué de prendre les directives prévues par les articles 54 et 57 ou encore le fait que certaines des directives effectivement prises n'auraient pas pleinement réalisé l'objectif de non-discrimination indiqué par l'article 52;

30. qu'en effet, après l'expiration de la période de transition, les directives prévues par le chapitre relatif au droit d'établissement sont devenues superflues pour la mise en oeuvre de la règle du traitement national, celle-ci étant désormais consacrée, avec effet direct, par le traité lui-même;

31. que, pour autant, ces directives n'ont cependant pas perdu tout intérêt, puisqu'elles conservent un champ d'application important dans le domaine des mesures destinées à favoriser l'exercice effectif du droit de libre établissement;

32. attendu qu'il convient donc de répondre à la question posée en ce sens que, depuis la fin de la période de transition, l'article 52 du traité est une disposition directement applicable, et ce nonobstant l'absence éventuelle, dans un domaine déterminé, des directives prévues aux articles 54, paragraphe 2, et 57, paragraphe 1, du traité;

Sur l'interprétation de l'article 55, alinéa 1, du traité CEE

33. Attendu que le Conseil d'Etat demande, en outre, de préciser ce qu'il faut entendre, dans l'article 55, alinéa 1, par les «activités participant dans un État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique»;

34. qu'il s'agit de savoir, plus précisément, si au sein d'une profession comme celle d'avocat, sont exceptées de l'application du chapitre relatif au droit d'établissement les seules activités inhérentes à cette profession qui participent à l'exercice de l'autorité publique, ou si cette profession serait exceptée dans son ensemble en raison du fait qu'elle comprendrait des activités participant à l'exercice de cette autorité;

35. attendu que le gouvernement luxembourgeois et l'Ordre national des avocats de Belgique estiment que la profession d'avocat serait, dans son ensemble, soustraite aux règles du traité en matière de droit d'établissement du fait qu'elle participerait organiquement au fonctionnement du service public de la justice;

36. que cette situation résulterait tant de l'organisation légale du barreau, comportant un ensemble de conditions d'admission et une discipline rigoureuses, que des fonctions accomplies par l'avocat dans le cadre de la procédure judiciaire où sa participation serait, dans une large mesure, obligatoire;

37. que ces activités, qui feraient de l'avocat un auxiliaire indispensable de la justice, formeraient un tout cohérent dont les éléments ne sauraient être dissociés;

38. attendu que le requérant au principal, pour sa part, fait valoir que, tout au plus, certaines activités de la profession d'avocat participeraient à l'exercice de l'autorité publique et qu'elles seules tomberaient, dès lors, sous l'exception apportée par l'article 55 au principe de la liberté d'établissement;

39. que pour les gouvernements allemand, belge, britannique, irlandais et néerlandais, ainsi que la Commission l'exception de l'article 55 se limite aux seules activités, à l'intérieur des différentes professions concernées, qui participent effectivement à l'exercice de l'autorité publique, à condition qu'elles soient dissociables de l'exercice normal de la profession;

40. que des divergences subsistent cependant entre les gouvernements mentionnés en ce qui concerne la nature des activités ainsi exceptées du principe de la liberté d'établissement, compte tenu de l'organisation différente de la profession d'avocat d'un État membre à l'autre;

41. qu'en particulier, le gouvernement allemand considère qu'en raison de la participation obligatoire de l'avocat à certaines procédures judiciaires, notamment en matière pénale ou de droit

public, il existerait des rapports si étroits entre la profession d'avocat et l'exercice de l'autorité judiciaire qu'il aurait lieu d'excepter de la libéralisation, à tout le moins, de larges secteurs de cette profession;

42. attendu qu'aux termes de l'article 55, alinéa 1, sont exceptées de l'application des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, «en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique»;

43. que, compte tenu du caractère fondamental, dans le système du traité, de la liberté d'établissement et de la règle du traitement national, les dérogations admises par l'article 55, alinéa 1, ne sauraient recevoir une portée qui dépasserait le but en vue duquel cette clause d'exception a été insérée;

44. que l'article 55, alinéa 1, doit permettre aux États membres, dans le cas où certaines fonctions comportant l'exercice de l'autorité publique sont liées à l'une des activités non salariées envisagées par l'article 52, d'exclure l'accès de non-nationaux à de telles fonctions;

45. qu'il est pleinement satisfait à ce besoin dès lors que l'exclusion de ces ressortissants est limitée à celles des activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique;

46. qu'une extension de l'exception permise par l'article 55 à une profession entière ne serait admissible que dans les cas où les activités ainsi caractérisées s'y trouveraient liées de telle manière que la libéralisation de l'établissement aurait pour effet d'imposer à l'État membre intéressé l'obligation d'admettre l'exercice, même occasionnel, par des non-nationaux, de fonctions relevant de l'autorité publique;

47. qu'on ne saurait, par contre, admettre cette extension lorsque, dans le cadre d'une profession indépendante, les activités participant éventuellement à l'exercice de l'autorité publique constituent un élément détachable de l'ensemble de l'activité professionnelle en cause;

48. attendu qu'en l'absence de toute directive prise en vertu de l'article 57 à l'effet d'harmoniser les dispositions nationales concernant, en particulier, la profession d'avocat, l'exercice de celle-ci reste régi par le droit des différents États membres;

49. que l'application éventuelle des restrictions à la liberté d'établissement prévues par l'article 55, alinéa 1, doit dès lors être appréciée séparément, pour chaque État membre, au regard des dispositions nationales applicables à l'organisation et à l'exercice de cette profession;

50. que cette appréciation doit cependant tenir compte du caractère communautaire des limites posées par l'article 55 aux exceptions permises au principe de la liberté d'établissement, afin d'éviter que l'effet utile du traité ne soit déjoué par des dispositions unilatérales des États membres;

51. que des prestations professionnelles comportant des contacts, même réguliers et organiques, avec les juridictions, voire un concours, même obligatoire, à leur fonctionnement, ne constituent pas, pour autant, une participation à l'exercice de l'autorité publique;

52. qu'en particulier, on ne saurait considérer comme une participation à cette autorité les activités plus typiques de la profession d'avocat, telles que la consultation et l'assistance juridique,

de même que la représentation et la défense des parties en justice, même lorsque l'interposition ou l'assistance de l'avocat est obligatoire ou forme l'objet d'une exclusivité établie par la loi;

53. qu'en effet, l'exercice de ces activités laisse intacts l'appréciation de l'autorité judiciaire et le libre exercice du pouvoir juridictionnel;

54. attendu qu'il convient donc de répondre à la question posée que l'exception à la liberté d'établissement prévue par l'article 55, alinéa 1, doit être restreinte à celles des activités visées par l'article 52 qui, par elles-mêmes, comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique;

55. qu'en aucun cas, on ne saurait donner cette qualification, dans le cadre d'une profession libérale comme celle de l'avocat, à des activités telles que la consultation et l'assistance juridique, ou la représentation et la défense des parties en justice, même si l'accomplissement de ces activités fait l'objet d'une obligation ou d'une exclusivité établies par la loi;

Quant aux dépens

56. Attendu que les frais exposés par le gouvernement du royaume de Belgique, le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne, le gouvernement de l'Irlande, le gouvernement du grand-duché de Luxembourg, le gouvernement du Royaume des Pays-Bas, le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

57. que la procédure revêtant à l'égard des parties au principal le caractère d'un incident soulevé au cours du litige pendant devant le Conseil d'État de Belgique, il appartient à celui-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

Statuant sur les questions à elle soumises par le Conseil d'État de Belgique, section administration, troisième chambre, par arrêt du 21 décembre 1973, dit pour droit:

- 1) *Depuis la fin de la période de transition, l'article 52 du traité CEE est une disposition directement applicable, et ce monobstant l'absence éventuelle, dans un domaine déterminé, des directives prévues aux articles 54, paragraphe 2, et 57, paragraphe 1, du traité;*
- 2) *L'exception à la liberté d'établissement prévue par l'article 55, alinéa 1, du traité CEE doit être restreinte à celles des activités visées par l'article 52 qui, par elles-mêmes, comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique; on ne saurait donner cette qualification, dans le cadre d'une profession libérale comme celle de l'avocat, à des activités telles que la consultation et l'assistance juridique, ou la représentation et la défense des parties en justice, même si l'accomplissement de ces activités fait l'objet d'une obligation ou d'une exclusivité établies par la loi.*

Processo n.º 67/74

C. A. BONSIGNORE C. OBERSTADTDIREKTOR DER STADT KÖLN

Acórdão de 26 de Fevereiro de 1975

EN DROIT

1. Attendu que, par ordonnance du 30 juillet 1974, parvenue au greffe de la Cour le 14 septembre suivant, le tribunal administratif de Cologne a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, deux questions relatives à l'interprétation de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive du Conseil n.º 64/221, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (JO, p. 850);

2. que ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un recours intenté par un ressortissant italien, demeurant dans la république fédérale d'Allemagne, à l'encontre d'une décision d'expulsion prise à son égard, par l'autorité compétente en matière de police des étrangers, à la suite d'une condamnation encourue par lui pour infraction à la loi sur les armes et homicide par imprudence;

qu'il résulte de l'ordonnance de renvoi que le requérant au principal, entré illégalement en possession d'une arme à feu, avait, par suite d'une manipulation imprudente de celle-ci, causé accidentellement la mort de son frère;

que, de ce fait, la juridiction répressive compétente l'a condamné à une amende pour infraction à la législation sur les armes;

qu'elle a également retenu sa culpabilité en ce qui concerne l'homicide par imprudence, sans cependant lui infliger de ce chef une sanction quelconque, estimant qu'une peine aurait été dénuée de sens en raison des circonstances, compte tenu notamment de la souffrance morale résultant, pour l'auteur, des conséquences de son imprudence;

3. que postérieurement à la condamnation pénale, l'autorité compétente en matière de police des étrangers a ordonné l'expulsion de l'intéressé sur base de la loi sur les étrangers, du 28 avril 1965 (Bundesgesetzblatt, Teil I, p. 353), en connexion avec la loi relative à l'entrée et au séjour de ressortissants des États membres de la Communauté économique européenne, du 22 juillet 1969 (Bundesgesetzblatt, Teil I, p. 927), prise pour l'application, dans la république fédérale d'Allemagne, de la directive n.º 64/221;

4. que, saisi du recours contre cette décision, le tribunal administratif a estimé qu'en raison des circonstances particulières de l'espèce, l'expulsion ne saurait être justifiée par des motifs de «prévention spéciale» fondés sur les faits qui avaient donné lieu à la condamnation pénale ou sur le comportement, actuel et prévisible, du requérant au principal;

que, selon le tribunal la seule raison pouvant éventuellement justifier la mesure prise pourrait consister dans des motifs de «prévention générale», mis en avant tant par l'autorité compétente en matière de police des étrangers que par le ministère public, et tirés de l'effet de dissuasion que devrait avoir, dans les milieux d'immigrés, en présence d'une recrudescence de la violence dans les grands centres urbains, l'expulsion d'un étranger trouvé en possession illégale d'une arme;

que le tribunal administratif, appelé à faire application de dispositions législatives — notamment du paragraphe 12 de la loi du 22 juillet 1969 — prises pour l'exécution d'une directive de la Communauté, estime nécessaire d'obtenir de la Cour une interprétation des dispositions correspondantes de cette directive, en vue d'assurer à la loi nationale une application conforme aux exigences du droit communautaire;

que, dans ces conditions, le tribunal administratif a soumis à la Cour deux questions ainsi libellées:

L'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive du Conseil n° 64/221, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique doit-il être interprété en ce sens qu'il fait obstacle à l'expulsion d'un ressortissant d'un État membre de la CEE par les autorités nationales d'un autre État membre décidée en vue de dissuader d'autres étrangers de commettre un délit identique ou semblable à celui qui est reproché à l'expulsé ou d'autres infractions contre la sécurité et l'ordre publics, c'est-à-dire motivée par des raisons de prévention générale?

Cette même disposition signifie-t-elle qu'un ressortissant d'un État membre de la CEE ne peut être expulsé que s'il existe des indices probants permettant de penser que cet étranger, ressortissant d'un État membre de la Communauté, condamné du chef d'un délit, commettra une nouvelle infraction ou qu'il portera atteinte, d'une autre manière, à la sécurité et à l'ordre publics d'un État membre de la CEE, c'est-à-dire pour des raisons de prévention spéciale?

5. attendu qu'aux termes de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive n° 64/221, «les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet» et que «la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures»;

que ces dispositions doivent être interprétées à la lumière des objectifs de la directive, qui vise notamment à coordonner les mesures justifiées par la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité publique envisagée par les articles 48 et 56 du traité, afin de concilier l'application de ces mesures avec le principe fondamental de la libre circulation des personnes dans la Communauté et l'élimination de toute discrimination, dans le domaine d'application du traité, entre les nationaux et les ressortissants des autres États membres;

6. que, dans cette perspective, l'article 3 de la directive fait reconnaître que ne sauraient être retenues, à l'égard des ressortissants des États membres de la Communauté, en ce qui concerne les mesures visant à la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité publique, des justifications détachées du cas individuel, ainsi qu'il ressort notamment de l'exigence formulée par le paragraphe

1, aux termes duquel c'est «exclusivement» le «comportement personnel» de ceux qui en font l'objet qui doit être déterminant;

que, les dérogations aux règles relatives à la libre circulation des personnes constituant des exceptions à interpréter strictement, la notion de «comportement personnel» exprime l'exigence qu'une mesure d'expulsion ne peut viser que des menaces à l'ordre public et à la sécurité publique qui pourraient être le fait de l'individu qui en est l'objet;

7. qu'il y a donc lieu de répondre aux questions posées que l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive n.º 64/221 fait obstacle à l'expulsion d'un ressortissant d'un État membre si cette expulsion est décidée dans un but de dissuasion à l'égard d'autres étrangers, c'est-à-dire si elle est fondée, selon les termes de la juridiction nationale, sur des motifs de «prévention générale»;

Quant aux dépens

8. Attendu que les frais exposés par le gouvernement de la République italienne et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

que la procédure revêtant à l'égard des parties au principal le caractère d'un incident soulevé au cours du litige pendant devant le tribunal administratif de Cologne, il appartient à celui-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

Statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal administratif de Cologne par ordonnance du 30 juillet 1974,

dit pour droit:

L'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive du Conseil n.º 64/221, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, fait obstacle à l'expulsion d'un ressortissant d'un État membre si celle-ci est décidée dans un but de dissuasion à l'égard d'autres étrangers.

**J. H. M. VAN BINSBERGEN C. BESTUUR VAN DE BEDRIJFSVERENIGING
VOOR DE METAALNIJVERHEID**

Acordão de 3 de Dezembro de 1974

EN DROIT

1. Attendu que, par ordonnance du 18 avril 1974, parvenue au greffe de la Cour le 15 mai suivant, le *Centrale Raad van Beroep* a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, des questions relatives à l'interprétation des articles 59 et 60 du traité instituant la Communauté économique européenne, relatifs à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté;

2. que ces questions ont été soulevées incidemment, au cours d'un litige porté devant ladite juridiction, au sujet de l'admission de la personne choisie en qualité de mandataire par le demandeur au principal;

3. qu'il apparaît du dossier que la partie en cause avait confié la défense de ses intérêts à un mandataire de nationalité néerlandaise assurant la représentation des justiciables auprès de juridictions devant lesquelles le ministère d'avocat n'est pas obligatoire;

4. que ce mandataire ayant, en cours d'instance, transféré sa résidence des Pays-Bas en Belgique, sa capacité à représenter la partie devant le *Centrale Raad van Beroep* a été contestée en raison d'une disposition de la législation néerlandaise, aux termes de laquelle seules les personnes établies aux Pays-Bas peuvent agir en qualité de mandataire devant cette juridiction;

5. que l'intéressé ayant invoqué en sa faveur les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté, le *Centrale Raad van Beroep* a soumis à la Cour deux questions relatives à l'interprétation des articles 59 et 60 du traité;

Sur la portée matérielle des articles 59 et 60

6. Attendu qu'il est demandé d'interpréter les articles 59 et 60 au regard d'une disposition de la législation nationale selon laquelle seules des personnes établies sur le territoire national sont en droit d'agir, devant certaines juridictions, en qualité de mandataire judiciaire;

7. attendu que l'article 59 — dont l'alinéa 1^{er} est seul en cause dans ce contexte — dispose que «dans le cadre des disposition ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation»;

8. que l'article 60, après avoir défini dans ses alinéas 1 et 2 la notion de services au sens du traité, précise en son alinéa 3 que, sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'État où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet État impose à ses propres ressortissants;

9. que la question posée vise dès lors à déterminer si l'exigence, dans le cas du mandataire judiciaire, d'un établissement permanent sur le territoire de l'État où la prestation doit être fournie peut être conciliée avec la prohibition, par les articles 59 et 60, de toutes restrictions à la libre prestation des services dans la Communauté;

10. attendu que les restrictions dont l'élimination est prévue par les articles 59 et 60 comprennent toutes exigences, imposées au prestataire en raison notamment de sa nationalité ou de la circonstance qu'il ne possède pas de résidence permanente dans l'État où la prestation est fournie, non applicables aux personnes établies sur le territoire national ou de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire;

11. qu'en particulier, l'exigence, pour le prestataire, d'une résidence permanente sur le territoire de l'État où la prestation doit être fournie peut, selon les circonstances, avoir pour conséquence d'enlever tout effet utile à l'article 59 dont l'objet est, précisément, d'éliminer les restrictions à la libre prestation de services de la part de personnes non établies dans l'État sur le territoire duquel la prestation doit être fournie;

12. que, compte tenu de la nature particulière des prestations de services, on ne saurait cependant considérer comme incompatibles avec le traité les exigences spécifiques, imposées au prestataire, qui seraient motivées par l'application de règles professionnelles justifiées par l'intérêt général — notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité — incombant à toute personne établie sur le territoire de l'État où la prestation est fournie, dans la mesure où le prestataire échapperait à l'emprise de ces règles en raison de la circonstance qu'il est établi dans un autre État membre;

13. que, de même, on ne saurait dénier à un État membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État, une telle situation pouvant être justiciable du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui des prestations de service;

14. attendu qu'en conformité de ces principes, on ne saurait considérer comme incompatible avec les dispositions des articles 59 et 60 l'exigence, en ce qui concerne les auxiliaires de la justice, d'un établissement professionnel stable dans le ressort de juridictions déterminées, au cas où cette exigence est objectivement nécessaire en vue de garantir l'observation de règles professionnelles liées, notamment, au fonctionnement de la justice et au respect de la déontologie;

15. que tel ne saurait cependant être le cas lorsque, dans un État membre, la prestation de certains services n'est soumise à aucune sorte de qualification ou de discipline professionnelle et lorsque l'exigence d'une résidence permanente est déterminée par référence au territoire de l'État;

16. qu'au regard d'une activité professionnelle relevant ainsi, à l'intérieur d'un État membre, d'un régime de liberté totale, l'exigence d'une résidence sur le territoire de cet État constitue une

restriction incompatible avec les articles 59 et 60 du traité, lorsque le bon fonctionnement de la justice peut être satisfait grâce à des mesures moins contraignantes, telles que l'élection d'un domicile pour les besoins des communications judiciaires;

17. qu'il y a donc lieu de répondre à la question posée que les articles 59, alinéa 1^{er}, et 60, alinéa 3, du traité CEE doivent être interprétés en ce sens qu'une législation nationale ne saurait rendre impossible, par l'exigence d'une résidence permanente sur le territoire, la prestation de services par des personnes établies sur le territoire d'un autre État membre, dès lors que la prestation de services n'est soumise à aucune condition particulière par la législation nationale applicable;

Sur la question de l'applicabilité directe des articles 59 et 60

18. Attendu qu'en outre, il est demandé si les articles 59, alinéa 1^{er}, et 60, alinéa 3, du traité CEE sont directement applicables et créent, pour les justiciables, des droits subjectifs que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder;

19. attendu que la question posée doit être résolue dans le cadre de l'ensemble du chapitre relatif aux services en tenant compte, pour le surplus, des dispositions relatives au droit d'établissement auxquelles il est renvoyé par l'article 66;

20. attendu qu'en vue de l'élimination progressive, au cours de la période de transition, des restrictions visées par l'article 59, l'article 63 a prévu l'élaboration d'un «programme général» — fixé par décision du Conseil du 18 décembre 1961 (JO 1962, p. 32) — dont la mise en oeuvre doit être assurée au moyen d'un ensemble de directives;

21. que, dans le système du chapitre relatif aux prestations de services, ces directives sont destinées à accomplir des fonctions diverses, la première étant d'éliminer, au cours de la période de transition, les restrictions à la libre prestation des services, la seconde consistant à introduire, dans la législation des États membres, un ensemble de dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de cette liberté, notamment par la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles et la coordination des législations relatives à l'exercice des activités non salariées;

22. qu'il appartient encore à ces directives de résoudre les problèmes spécifiques résultant de la circonstance qu'à défaut d'établissement permanent, le prestataire pourrait ne pas être pleinement soumis aux règles professionnelles en vigueur dans l'État où la prestation est exécutée;

23. qu'en ce qui concerne l'échelonnement, dans le temps, de la mise en oeuvre du chapitre relatif aux services, l'article 59, interprété à la lumière de la disposition générale de l'article 8, paragraphe 7, du traité, traduit la volonté d'aboutir à l'élimination des restrictions à la libre prestation des services pour la fin de la période de transition, terme extrême pour l'entrée en vigueur de l'ensemble des règles prévues par le traité;

24. que les dispositions de l'article 59, dont l'application devait être préparée au moyen de directives pendant la période de transition, sont ainsi devenues inconditionnelles à l'expiration de celle-ci;

25. qu'elles comportent l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il se trouve établi dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie;

26. qu'en ce qui concerne à tout le moins l'exigence spécifique de nationalité ou de résidence, les articles 59 et 60 comportent ainsi une obligation de résultat précise dont l'exécution, par les États membres, ne saurait être retardée ou compromise par l'absence des dispositions qui devaient intervenir dans le cadre des pouvoirs institués en vertu des articles 63 et 66;

27. qu'il y a donc lieu de répondre que les articles 59, alinéa 1^{er}, et 60, alinéa 3, ont un effet direct et peuvent, dès lors, être invoqués devant les juridictions nationales, en tout cas dans la mesure où ils visent à l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il réside dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie;

Quant aux dépens

28. Attendu que les frais exposés par le gouvernement de l'Irlande, le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

29. que la procédure revêtant à l'égard des parties au principal le caractère d'un incident soulevé au cours du litige pendant devant le *Centrale Raad van Beroep*, il appartient à celui-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le *Centrale Raad van Beroep* par ordonnance du 18 avril 1974, dit pour droit:

- 1) *les articles 59, alinéa 1^{er}, et 60, alinéa 3, du traité CEE doivent être interprétés en ce sens qu'une législation nationale ne saurait rendre impossible, par l'exigence d'une résidence permanente sur le territoire, la prestation de services par des personnes établies sur le territoire d'un autre État membre, dès lors que la prestation de services n'est soumise à aucune condition particulière par la législation nationale applicable;*
- 2) *les articles 59, alinéa 1^{er}, et 60, alinéa 3, ont un effet direct et peuvent, dès lors, être invoqués devant les juridictions nationales, en tout cas dans la mesure où ils visent à l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il réside dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie.*

Processo n.º 36/74

B. N. O. WALRAVE,
L. J. N. KOCH C. ASSOCIATION UNION CYCLISTE INTERNATIONAL,
KONINKLIGKE NEDERLANDSCHE WIELREN UNIE
ET FEDERACIÓN ESPAÑOL CICLISMO

Acórdão de 12 de Dezembro de 1974

EN DROIT

1. Attendu que, par jugement du 15 mai 1974, parvenu au *greffe* de la Cour le 24 du même mois, le Arrondissementsrechtbank de Utrecht a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, différentes questions relatives à l'interprétation des articles 7, alinéa 1, 48 et 59, alinéa 1, de ce traité ainsi que du règlement du Conseil n.º 1612/68 du 15 octobre 1968 (JO n.º L 257, p. 2) relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté;

2. qu'il est, en substance, demandé si ces textes doivent être interprétés en ce sens que serait incompatible avec leur teneur une disposition du règlement de l'Union cycliste internationale, relatif aux championnats du monde de courses cyclistes de demi-fond derrière entraîneur à motocyclette, selon laquelle «l'entraîneur doit être de la même nationalité que son coureur»;

3. que ces questions sont posées dans le cadre d'une action dirigée contre l'Union cycliste internationale, ainsi que les Fédérations cyclistes néerlandaise et espagnole, par deux ressortissants néerlandais, participant habituellement en qualité d'entraîneurs à des courses du type décrit, qui considèrent comme discriminatoire la disposition citée du règlement de l'UCI;

4. attendu que, compte tenu des objectifs de la Communauté, l'exercice des sports ne relève du droit communautaire que dans la mesure où il constitue une activité économique au sens de l'article 2 du traité;

5. que, lorsqu'une telle activité a le caractère d'une prestation de travail salarié ou d'une prestation de service rémunérée, elle tombe, plus particulièrement, dans le champ d'application, suivant le cas, des articles 48 à 51 ou 59 à 66 du traité;

6. que ces dispositions, qui mettent en oeuvre la règle générale de l'article 7 du traité, interdisent toute discrimination fondée sur la nationalité dans l'exercice des activités qu'elles visent;

7. qu'à cet égard la nature exacte du lien juridique en vertu duquel ces prestations sont accomplies est indifférente, la règle de non-discrimination s'étendant, en des termes identiques, à l'ensemble des prestations de travail ou de service;

8. que, cependant, cette interdiction ne concerne pas la composition d'équipes sportives, en particulier sous forme d'équipes nationales, la formation de ces équipes étant une question intéressant uniquement le sport et, en tant que telle, étrangère à l'activité économique;

9. que cette restriction du champ d'application des dispositions en cause doit cependant rester limitée à son objet propre;

10. qu'il appartient à la juridiction nationale de qualifier, au regard de ce qui précède, l'activité soumise à son appréciation et de décider en particulier si, dans le sport en cause, entraîneur et coureur constituent ou non une équipe;

11. attendu que les réponses sont données dans les limites, ci-dessus définies, du champ d'application du droit communautaire;

12. attendu que les questions posées se rapportent à l'interprétation des articles 48 et 59, et, subsidiairement, de l'article 7 du traité;

13. qu'en substance, elles concernent l'applicabilité des dispositions citées à des rapports juridiques ne relevant pas du droit public, la détermination de leur sphère d'application territoriale au regard d'une réglementation sportive émanant d'une fédération d'envergure mondiale, ainsi que l'applicabilité directe de certaines d'entre elles;

14. attendu qu'il est demandé, en premier lieu, à propos de chacun des articles visés, si les dispositions d'un règlement d'une fédération sportive internationale peuvent être considérées comme incompatibles avec le traité;

15. qu'il a été allégué que les interdictions de ces articles ne viseraient que les restrictions trouvant leur origine dans des actes de l'autorité et non celles résultant d'actes juridiques émanant de personnes ou associations ne relevant pas du droit public;

16. attendu que les articles 7, 48 et 59 ont en commun de prohiber, dans leurs domaines d'application respectif, toutes discriminations exercées en raison de la nationalité;

17. que la prohibition de ces discriminations s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services;

18. qu'en effet l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services, objectifs fondamentaux de la Communauté, énoncés à l'article 3, lettre c), du traité, serait compromise si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public;

19. qu'en outre, les conditions de travail étant dans les différents États membres régies tantôt par la voie de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions et autres actes conclus ou adoptés par des personnes privées, une limitation des interdictions en cause aux actes de l'autorité publique risquerait de créer des inégalités quant à leur application;

20. que, sans doute, les articles 60, alinéa 3, 62 et 64 concernent spécifiquement, dans le domaine des prestations de services, la suppression de mesures d'ordre étatique mais que cette cir-

constance ne permet pas de faire échec à la généralité des termes de l'article 59, lequel ne fait aucune distinction en ce qui concerne l'origine des entraves à éliminer;

21. que, par ailleurs, il est constant que l'article 48, relatif à l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne les activités salariées, s'étend également aux conventions et règlements n'émanant pas des autorités publiques;

22. que, par voie de conséquence, l'article 7, paragraphe 4, du règlement n.º 1612/68 prévoit que l'interdiction de discrimination s'applique aux conventions et autres réglementations collectives du travail;

23. que les activités visées à l'article 59 ne se distinguent pas de celles visées à l'article 48 par leur nature mais seulement par la circonstance qu'elles sont exercées en dehors des liens d'un contrat de travail;

24. que cette seule différence ne saurait justifier une interprétation plus restrictive du champ d'application de la liberté qu'il s'agit d'assurer;

25. qu'il en résulte que les dispositions des articles 7, 48 et 59 du traité peuvent être prises en considération, par le juge national, en vue d'apprécier la validité ou les effets d'une disposition insérée dans le règlement d'une organisation sportive;

26. attendu que la juridiction nationale pose ensuite la question de savoir dans quelle mesure la règle de non-discrimination peut être appliquée à des rapports juridiques établis dans le cadre des activités d'une fédération sportive d'envergure mondiale;

27. que la Cour est également invitée à dire si la situation juridique peut être différente selon que la compétition sportive a lieu sur le territoire de la Communauté ou en dehors de celui-ci;

28. attendu que la règle de non-discrimination, du fait qu'elle est impérative, s'impose pour l'appréciation de tous rapports juridiques, dans toute la mesure où ces rapports, en raison soit du lieu où ils sont établis, soit du lieu où ils produisent leurs effets, peuvent être localisés sur le territoire de la Communauté;

29. qu'il appartient au juge national d'apprécier cette localisation en considération des circonstances de chaque cas particulier et de tirer, en ce qui concerne l'effet juridique de ces rapports, les conséquences d'une éventuelle violation de la règle de non-discrimination;

30. attendu que la juridiction nationale a posé, en dernier lieu, la question de savoir si l'article 59, alinéa 1, et, éventuellement, l'article 7, alinéa 1, du traité produisent des effets directs dans l'ordre juridique des États membres;

31. attendu que, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, l'article 59 a pour objet de prohiber, dans le domaine des prestations de services, entre autres, toute discrimination exercée en raison de la nationalité du prestataire;

32. que, dans le secteur des prestations de services, l'article 59 constitue la mise en oeuvre de la règle de non-discrimination formulée par l'article 7 pour le domaine d'application global du traité, et par l'article 48 pour le secteur du travail salarié;

33. qu'ainsi qu'il a déjà été dit pour droit (arrêt du 3 décembre 1974 dans l'affaire 33-74, Van Binsbergen) l'article 59 comporte, pour la fin de la période de transition, une interdiction inconditionnelle qui empêche, dans l'ordre juridique de chaque État membre, en ce qui concerne les prestations de services — et pour autant qu'il s'agisse de ressortissants des États membres — d'imposer des entraves ou limitations fondées sur la nationalité du prestataire des services;

34. qu'il y a donc lieu de répondre à la question posée que l'article 59, alinéa 1, engendre, en tout cas dans la mesure où il vise à l'élimination de toute discrimination fondée sur la nationalité, dès la fin de la période de transition, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder;

Sur les dépens

35. Attendu que les frais exposés par la Commission des Communautés européennes qui a soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet de remboursement;

36. que la procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens;

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le Arrondissementsrechtbank de Utrecht, dit pour droit:

- 1) *Compte tenu des objectifs de la Communauté, l'exercice des sports ne relève du droit communautaire que dans la mesure où il constitue une activité économique au sens de l'article 2 du traité;*
- 2) *L'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité, édictée par les articles 7, 48 et 59 du traité, ne concerne pas la composition d'équipes sportives, en particulier sous forme d'équipes nationales, la formation de ces équipes étant une question intéressant uniquement le sport, et, en tant que telle, étrangère à l'activité économique;*
- 3) *L'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services;*
- 4) *La règle de non-discrimination s'impose pour l'appréciation de tous rapports juridiques, dans toute la mesure où ces rapports, en raison soit du lieu où ils sont établis, soit du lieu où ils produisent leurs effets, peuvent être localisés sur le territoire de la Communauté;*
- 5) *L'article 59, alinéa 1, engendre, en tout cas la mesure où il vise à l'élimination de toute discrimination fondée sur la nationalité, dès la fin de la période de transition, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder.*

Processo n.º 118/75

L. WATSON ET ALESSANDRO BELMANN

Acordão de 7 de Julho de 1976

EN DROIT

1. Attendu que, par ordonnance du 18 novembre 1975, parvenue au greffe de la Cour le 1^{er} décembre 1975, le pretore de Milan a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, une série de questions concernant, pour l'essentiel, l'interprétation des articles 7 et 48 à 66 dudit traité;

2. que ces questions ont été soulevées dans le cadre d'une poursuite pénale engagée, d'une part, contre une ressortissante britannique qui s'était rendue en Italie pour un séjour de quelques mois et, d'autre part, contre un ressortissant italien qui l'avait hébergée;

3. qu'il est reproché à ladite ressortissante britannique de ne pas avoir satisfait à l'obligation de se présenter dans les trois jours à compter de son entrée sur le territoire de la République italienne à l'autorité de police du lieu où elle se trouvait, «afin de se faire connaître et d'effectuer la déclaration de séjour», obligation imposée par la législation italienne à tous les étrangers à l'exception de certaines catégories de travailleurs salariés des autres États membres et dont l'inobservation est sanctionnée, d'une part, par des peines comportant une amende de 80 000 lire au maximum ou un emprisonnement de trois mois au maximum et, d'autre part, par l'expulsion éventuelle du territoire national impliquant interdiction d'y rentrer sans l'autorisation du ministre de l'intérieur;

4. qu'en ce qui concerne le ressortissant italien, il est accusé de ne pas avoir communiqué à ladite autorité, dans les 24 heures, l'identité de la ressortissante britannique en cause, obligation imposée par la législation italienne à «quiconque, à quelque titre que ce soit, loge ou héberge un ressortissant étranger ou un apatride... ou pour quelque cause que ce soit le prend à son service» et dont l'inobservation rend l'intéressé passible d'une amende de 240 000 lire au maximum et d'un emprisonnement de six mois au maximum;

5. que, pour l'essentiel, les questions soulevées tendent à savoir si une telle réglementation est contraire aux dispositions de l'article 7 et des articles 18 à 66 du traité comme établissant une discrimination en raison de la nationalité et une restriction à la libre circulation des personnes à l'intérieur de la Communauté;

6. qu'il est demandé en outre si les normes communautaires susvisées constituent des principes fondamentaux engendrant des droits en faveur des particuliers et primant les normes nationales contraires;

7. 1. Attendu qu'il convient de traiter ces questions dans leur ensemble;

8. que la juridiction nationale, sans indiquer le motif du séjour de la prévenue au principal en Italie et sans qualifier la situation de celle-ci au regard des dispositions du droit communautaire qui pourraient lui être applicables, a envisagé indistinctement les trois premiers chapitres du titre III de la deuxième partie du traité, chapitres concernant respectivement les travailleurs, le droit d'établissement et les services;

9. qu'il apparaît cependant d'un rapprochement entre ces différentes dispositions que, dans la mesure où celles-ci sont susceptibles d'être d'application dans des cas tels que celui d'espèce, elles sont fondées sur les mêmes principes en ce qui concerne tant l'entrée et le séjour, sur le territoire des États membres, des personnes relevant du droit communautaire, que l'interdiction de toute discrimination exercée à leur égard en raison de la nationalité;

10. qu'il appartient à la juridiction nationale de juger si, et le cas échéant en quelle qualité, la prévenue au principal bénéficie des dispositions de l'un ou l'autre des chapitres sus-indiqués;

11. 2. Attendu qu'aux termes de l'article 48, la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté;

qu'elle comporte le droit, selon le troisième paragraphe du même article, de trouver accès au territoire des États membres, de s'y déplacer librement, d'y séjourner afin d'y exercer un emploi et d'y demeurer après la fin de celui-ci;

qu'aux termes des articles 52 et 59, les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées, cette suppression devant être complète au terme de la période de transition;

12. que ces dispositions, qui s'analysent en une prohibition, pour les États membres, d'opposer des restrictions à l'entrée des ressortissants des autres États membres sur leur territoire, ont pour effet de conférer directement des droits à toute personne relevant du champ d'application personnel des articles cités, tels qu'ils ont été ultérieurement précisés par certaines dispositions prises par le Conseil en application du traité;

13. qu'ainsi, l'article 1 du règlement n° 1612/68, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO n° L 257, p. 2) dispose que tout ressortissant d'un État membre, quel que soit le lieu de sa résidence, a «le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre»;

14. que l'article 4 de la directive 68/360, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté (loc. cit., p. 13), dispose que les États membres reconnaissent «le droit de séjour sur leur territoire» aux personnes visées, en ajoutant que ce droit est «constaté» par la délivrance d'un titre de séjour particulier;

15. qu'à son tour, la directive 73/148 du 21 de mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services (JO n° L 172, p. 14), constate dans son préambule que la liberté d'établissement ne peut être pleinement réalisée que «si un droit de séjour permanent est reconnu aux personnes appelées à en bénéficier» et que la libre prestation

de services implique que le prestataire et le destinataire soient assurés «d'un droit de séjour correspondant à la durée de la prestation»;

16. que les dispositions du traité et du droit communautaire dérivé qui viennent d'être citées mettent en oeuvre un principe fondamental consacré par l'article 3, lettre c), du traité où il est dit qu'aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes et des services;

que ces dispositions priment toute norme nationale qui leur serait contraire;

17. attendu que le droit communautaire, en établissant la libre circulation des personnes et en conférant à toute personne relevant de son champ d'application le droit de trouver accès au territoire des États membres, aux fins voulues par le traité, n'a pas écarté la compétence des États membres en ce qui concerne les mesures destinées à assurer la connaissance exacte, par les autorités nationales, des mouvements de population affectant leur territoire;

18. que, selon les articles 8, paragraphe 2, de la directive 68/360 et 4, paragraphe 2, de la directive 73/148, les autorités compétentes des États membres peuvent imposer aux ressortissants des autres États membres l'obligation de signaler leur présence aux autorités de l'État concerné;

qu'une telle obligation ne saurait être considérée comme portant en soi atteinte aux règles relatives à la libre circulation des personnes;

qu'une telle atteinte pourrait toutefois résulter des formalités légales en question si les modalités du contrôle auquel elles visent étaient conçues de manière à restreindre la liberté de circulation voulue par le traité ou à limiter le droit conféré par le traité aux ressortissants des États membres d'entrer et de séjourner sur le territoire de tout autre État membre aux fins voulues par le droit communautaire;

19. qu'en ce qui concerne plus particulièrement le délai mis à la déclaration d'arrivée des étrangers, il ne serait porté atteinte aux dispositions du traité que dans le cas où le délai ne serait pas fixé dans des limites raisonnables;

20. que, parmi les sanctions rattachées à l'inobservation des formalités de déclaration et d'enregistrement prescrites, l'exclusion serait certainement incompatible, pour les personnes protégées par le droit communautaire, avec les dispositions du traité, étant donné qu'une telle mesure constitue la négation du droit même conféré et garanti par le traité, ainsi que la Cour l'a déjà affirmé dans d'autres circonstances;

21. que, quant aux autres sanctions, telles que l'amende et l'emprisonnement, si les autorités nationales peuvent soumettre le non-respect des dispositions relatives à la déclaration de présence des étrangers à des sanctions comparables à celles qui s'appliquent à des infractions nationales de même importance, il ne serait cependant pas justifié d'y rattacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à la libre circulation des personnes;

22. que, dans la mesure où une réglementation nationale relative au contrôle des étrangers ne comporte pas de restrictions à la libre circulation des personnes et au droit, conféré par le traité aux personnes protégées par le droit communautaire, d'entrer et de séjourner sur le territoire des États membres, l'application d'une telle législation, fondée sur des éléments objectifs, ne saurait constituer une «discrimination exercée en raison de la nationalité» interdite en vertu de l'article 7 du traité;

23. attendu, quant à l'obligation imposée aux résidents de l'État membre d'accueil de communiquer aux autorités publiques l'identité des étrangers qu'ils hébergent, que de telles dispositions, qui relèvent pour l'essentiel de l'ordre interne de l'État, ne sauraient être appréhendées sous l'angle du droit communautaire que dans la mesure où elles apporteraient indirectement une restriction à la libre circulation des personnes;

Sur les dépens

24. Attendu que les frais exposés par les gouvernements britannique et italien ainsi que la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement et que, la procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le pretore de Milan, dit pour droit:

- 1) *Les articles 48 à 66 du traité et les actes de la Communauté pris en leur application mettent en oeuvre un principe fondamental du traité, confèrent aux personnes qu'ils concernent des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder et prennent toute norme nationale qui leur serait contraire;*
- 2) *Une réglementation nationale*
 - *imposant aux ressortissants des autres États membres qui bénéficient des dispositions des articles 48 à 66 du traité CEE l'obligation de se présenter aux autorités de cet État, et*
 - *enjoignant aux résidents qui hébergent de tels ressortissants de communiquer l'identité de ces derniers auxdites autorités**est compatible en principe avec ces dispositions, étant toutefois entendu que, d'une part, les délais dans lesquels il faut remplir lesdites obligations doivent être fixés dans des limites raisonnables et, d'autre part, que les sanctions rattachées à l'inobservation de ces obligations ne doivent pas être disproportionnées à la gravité de celle-ci et ne peuvent pas inclure l'expulsion;*
- 3) *Dans la mesure où une telle réglementation ne comporte pas de restrictions à la libre circulation des personnes, elle ne constitue pas une discrimination interdite en vertu de l'article 7 du traité.*

Processo N.º 36/75

ROLAND RUTILI C. MINISTRE DE L'INTERIEUR

Acórdão de 28 de Outubro de 1975

EN DROIT

1. Attendu que, par jugement du 16 décembre 1974, parvenu au greffe de la Cour le 9 avril 1975, le tribunal administratif de Paris a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, deux questions relatives à l'interprétation de la réserve relative à l'ordre public dans l'article 48 du traité CEE, compte tenu des mesures prises pour la mise en oeuvre de cet article, notamment du règlement n.º 1612/68 et de la directive n.º 68/360 du Conseil, du 15 octobre 1968, concernant la libre circulation des travailleurs (JO n.º L 257, p. 2 et 13);

2. que ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un recours introduit par un ressortissant italien, demeurant dans la République française, à l'encontre d'une décision attribuant à l'intéressé une carte de séjour de ressortissant d'un État membre de la CEE assortie d'une interdiction de séjour dans certains départements français;

3. qu'il ressort du dossier du tribunal administratif et des débats devant la Cour que le requérant au principal a été, en 1968, l'objet d'abord d'un arrêté d'expulsion, puis d'un arrêté d'assignation à résidence dans un département déterminé;

4. que, le 23 octobre 1970, cette mesure a été remplacé par l'interdiction de séjour dans quatre départements, dont le département dans lequel l'intéressé avait son domicile et où continue à résider sa famille;

5. qu'il résulte également du dossier de l'affaire et des informations fournies à la Cour que les motifs des mesures prises à l'encontre du requérant au principal ont été révélés à l'intéressé, en des termes génériques, au cours de la procédure intentée devant le tribunal administratif, c'est-à-dire à une date postérieure à l'introduction du recours, le 16 décembre 1970;

6. qu'il apparaît des indications données par le ministère de l'intérieur au tribunal administratif, contestées il est vrai par le requérant au principal, qu'il est fait grief à l'intéressé d'activités de caractère politique et syndical au cours des années 1967 et 1968 et que la présence de celui-ci dans les départements visés par la décision est considérée pour cette raison comme étant «de nature à troubler l'ordre public»;

7. qu'en vue de résoudre les questions de droit communautaire soulevées dans ce litige au regard des principes de libre circulation et d'égalité de traitement des travailleurs des États mem-

bres, le tribunal administratif a posé à la Cour deux questions destinées à préciser la portée de la réserve relative à l'ordre public inscrite à l'article 48 du traité.

Sur la première question

8. Attendu que, par la première question, il est demandé si l'expression «sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public» dans l'article 48 du traité concerne les seules décisions réglementaires que chaque État membre a décidé de prendre pour limiter, sur son territoire, la libre circulation et le séjour des ressortissants des autres États membres, ou si elle concerne aussi les décisions individuelles prises en application de telles dispositions réglementaires;

9. attendu qu'aux termes de l'article 48, paragraphe 1, la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté;

10. qu'aux termes du paragraphe 2 du même article, elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail;

11. qu'aux termes du paragraphe 3, elle comporte le droit, pour les travailleurs, de se déplacer librement sur le territoire des États membres, d'y séjourner afin d'y exercer un emploi et d'y demeurer après la fin de celui-ci;

12. qu'enfin, aux termes de l'article 7 du traité, sous réserve des dispositions particulières prévues par ce dernier est interdite, de manière générale, dans le domaine d'application du traité, toute discrimination exercée en raison de la nationalité;

13. que, cependant, aux termes de l'article 48, paragraphe 3, la libre circulation des travailleurs, notamment leur liberté de se déplacer sur le territoire des États membres, est susceptible d'être restreinte par les limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique;

14. que diverses mesures d'application ont été prises en vue de la mise en oeuvre des dispositions citées, notamment le règlement n° 1612/68 et la directive n° 68/360 du Conseil, relatifs à la libre circulation des travailleurs;

15. que la réserve relative à l'ordre public a été spécifiée par la directive du Conseil n° 64/221, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour des ressortissants des autres États membres se révéleraient non conformes à l'une de ces obligations, de faire prévaloir, sur les dispositions du droit interne, les règles du droit communautaire susceptibles d'être invoquées en justice;

16. que toutes ces dispositions ont, sans exception, pour effet d'imposer des obligations aux États membres et qu'il appartient dès lors aux juridictions, dans l'hypothèse où des actes législatifs ou réglementaires pris par un État membre en vue de limiter, sur son territoire, la libre circulation et le séjour des ressortissants des autres États membres se révéleraient non conformes à l'une de ces obligations, de faire prévaloir, sur les dispositions du droit interne, les règles du droit communautaire susceptibles d'être invoquées en justice;

17. que, dans la mesure où les dispositions du traité et du droit dérivé ont pour objet de régler la situation de particuliers ou d'assurer leur protection, il appartient encore aux juridictions

nationales d'examiner la conformité des décisions individuelles aux dispositions pertinentes du droit communautaire;

18. que tel est le cas non seulement des règles de non-discrimination et de libre circulation consacrées par les articles 7 et 48 du traité et le règlement n° 1612/68, mais encore des dispositions de la directive n° 64/221 destinées tant à définir la portée de la réserve relative à l'ordre public qu'à assurer certaines garanties minimales de caractère procédural aux personnes frappées de mesures restrictives de leur liberté de circulation ou de leur droit de séjour;

19. que cette conclusion se dégage tout autant du respect dû aux droits des ressortissants des États membres, conférés directement par le traité et le règlement n° 1612/68, que de la disposition expresse de l'article 3 de la directive n° 54/221 aux termes duquel les mesures d'ordre public ou de sécurité publique «doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet»;

20. que cette manière de voir s'impose d'autant plus que les législations internes relatives à la sauvegarde de l'ordre et de la sécurité publiques réservent généralement, aux autorités nationales, des appréciations qui risqueraient d'être soustraites à tout contrôle juridique si le juge ne pouvait étendre son examen aux décisions individuelles prises dans le cadre de la réserve formulée par l'article 48, paragraphe 3, du traité;

21. qu'il y a donc lieu de répondre à la question posée que l'expression «sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public» dans l'article 48 concerne non seulement les dispositions légales et réglementaires que chaque État membre a prises pour limiter, sur son territoire, la libre circulation et le séjour des ressortissants des autres États membres, mais qu'elle concerne aussi les décisions individuelles prises en application de telles dispositions légales ou réglementaires;

Sur la deuxième question

22. Attendu que, par la deuxième question, il est demandé de préciser le sens qu'il convient d'attribuer dans l'article 48, paragraphe 3, du traité — «sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public» — au mot «justifiées»;

23. attendu que, dans cette disposition, l'expression «limitations justifiées» signifie que ne sont admissibles, en ce qui concerne notamment le droit de se déplacer librement et de séjourner des ressortissants des États membres, que les limitations conformes aux exigences du droit, dont celles qui relèvent du droit communautaire;

24. qu'à cet égard, il convient de prendre en considération, d'une part, les règles de droit matériel, d'autre part, les règles de caractère formel ou procédural qui conditionnent l'exercice, par les États membres, des pouvoirs réservés par l'article 48, paragraphe 3, en matière d'ordre et de sécurité publiques;

25. qu'au surplus, il convient d'examiner les problèmes particuliers posés, au regard du droit communautaire, par le caractère de la mesure déférée au tribunal administratif en ce que celle-ci consiste dans une interdiction de séjour limitée à une partie du territoire national;

Quant à la justification des mesures d'ordre public au point de vue du droit matériel

26. Attendu que, pour l'essentiel, les États membres restent libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 48, paragraphe 3, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public;

27. que cependant, dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation aux principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de la liberté de circulation des travailleurs, cette notion doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté;

28. que, dès lors, des restrictions ne sauraient être apportées aux droits des ressortissants des États membres d'entrer sur le territoire d'un autre État membre, d'y séjourner et de s'y déplacer que si leur présence ou leur comportement constitue une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public;

29. qu'à cet égard, l'article 3 de la directive n.º 64/221 impose aux États membres l'obligation de porter cette appréciation au regard de la situation individuelle de toute personne protégée par le droit communautaire et non sur base d'appréciations globales;

30. qu'en outre, l'article 2 de la même directive dispose que les raisons d'ordre public ne sauraient être détournées de leur fonction propre par le fait qu'elles soient «invoquées à des fins économiques»;

31. que l'article 8 du règlement n.º 1612/68, qui garantit l'égalité de traitement en matière d'affiliation aux organisations syndicales et d'exercice des droits syndicaux, fait reconnaître que la réserve relative à l'ordre public ne saurait être invoquée, non plus, pour des motifs tenant à l'exercice de ces droits;

32. que, dans leur ensemble, ces limitations apportées aux pouvoirs des États membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par tous les États membres, et de l'article 2 du protocole n.º 4 à la même convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963, qui disposent en des termes identiques que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins «dans une société démocratique».

Quant à la justification des mesures d'ordre public du point de vue procédural

33. Attendu qu'aux termes du troisième considérant de son préambule, la directive n.º 64/221 poursuit, entre autres, le but d'ouvrir dans chaque État membre, aux ressortissants des autres États membres, des possibilités suffisantes de recours contre les actes administratifs» dans le domaine des mesures fondées sur la sauvegarde de l'ordre public;

34. qu'aux termes de l'article 8 de la même directive, l'intéressé doit pouvoir introduire, contre les mesures prises à son égard, «des recours ouverts aux nationaux contre les actes administratifs»;

35. qu'à défaut, l'intéressé doit avoir à tout le moins, aux termes de l'article 9, la possibilité de faire valoir ses moyens de défense devant une autorité compétente, différente de celle qui a pris la mesure restrictive de sa liberté;

36. qu'au surplus, l'article 6 de la directive dispose que les raisons qui sont à la base d'une décision le concernant sont portées à la connaissance de l'intéressé, à moins que des motifs intéressant la sûreté de l'État ne s'y opposent;

37. qu'il apparaît de ces dispositions que toute personne protégée par les dispositions citées doit jouir d'une double garantie, consistant dans la communication des motifs de toute mesure restrictive prise à son égard et dans l'ouverture d'une voie de recours;

38. qu'il convient de préciser que toutes dispositions doivent être prises par les États membres en vue d'assurer, à toute personne frappée par une mesure restrictive, la jouissance effective de cette double sauvegarde;

39. que cette exigence implique notamment, de la part de l'État concerné, une communication à l'intéressé, au moment même où la mesure restrictive prise à son égard lui est notifiée, des motifs précis et complets de la décision, en vue de le mettre en mesure d'assurer utilement sa défense;

Quant à la justification, en particulier, des interdictions de séjour limitées à une partie du territoire national

40. Attendu que les questions posées par le tribunal administratif ont été soulevées au sujet d'une mesure portant interdiction de séjour pour une partie limitée du territoire national;

41. qu'en réponse à une question posée par la Cour, le gouvernement de la République française a fait connaître que de telles mesures peuvent être prises à l'égard des propres nationaux soit au titre de peines accessoires, dans le cas de certaines condamnations pénales, soit à la suite de la déclaration de l'état d'urgence;

42. que, par contre, les dispositions permettant d'interdire certaines circonscriptions du territoire à des ressortissants étrangers sont fondées sur des textes législatifs ou réglementaires spécifiques à ceux-ci;

43. qu'à cet égard, le gouvernement de la République française attire l'attention sur l'article 4 de la directive du Conseil n° 64/220, du 25 février 1964, pour la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services (JO 1964, p. 845) aux termes duquel «le droit de séjour s'étend à tout le territoire de l'État membre, sauf mesures individuelles motivées par des raisons d'ordre public ou de sécurité publique»;

44. qu'il apparaît que cette disposition est particulière à la directive en cause, applicable seulement en matière d'établissement et de prestation de services, et qu'elle n'a pas été reprise dans les directives concernant la libre circulation des travailleurs — notamment la directive n° 68/360, actuellement en vigueur — ni d'ailleurs dans la directive du Conseil n° 73/148 du 21 mai 1973, en matière d'établissement et de prestation de services (JO n° L 172, p. 14), qui a remplacé entre-temps la directive n° 64/220;

45. que, selon l'avis de la Commission, exprimé au cours du débat oral, l'absence de cette clause dans les directives actuellement applicables, tant aux travailleurs salariés qu'au domaine de l'établissement et des prestations de services, ne signifierait cependant pas que les États membres

seraient absolument privés du pouvoir de prononcer à l'égard d'étrangers, ressortissants d'autres États membres, des interdictions de séjour limitées à une partie du territoire;

46. attendu que le droit de trouver accès au territoire des États membres ainsi que le droit d'y séjourner et de se déplacer librement est défini par le traité par référence au territoire global de ces États et non par référence à ses subdivisions internes;

47. que la réserve formulée à l'article 48, paragraphe 3, en ce qui concerne la sauvegarde de l'ordre public a la même portée que les droits à l'exercice desquels elle permet d'apporter des restrictions;

48. qu'il en résulte que des interdictions de séjour ne peuvent être prononcées, en vertu de la réserve insérée à cet effet à l'article 48, paragraphe 3, que pour l'ensemble du territoire national;

49. qu'en ce qui concerne, par contre, les interdictions de séjour partielles, limitées à certaines circonscriptions du territoire, les personnes protégées par le droit communautaire doivent, en vertu de l'article 7 du traité et dans le domaine d'application de cette disposition, être traitées sur un pied d'égalité avec les ressortissants de l'État membre concerné;

50. qu'il s'ensuit qu'un État membre ne peut prononcer, à l'encontre d'un ressortissant d'un autre État membre relevant des dispositions du traité, des interdictions de séjour territorialement limitées que dans les cas où de telles interdictions peuvent être prononcées à l'égard de ses propres ressortissants;

51. attendu qu'il convient donc de répondre à la deuxième question que la justification de mesures destinées à sauvegarder l'ordre public doit être appréciée au regard de toutes règles de droit communautaire ayant pour objet, d'une part, de limiter l'appréciation discrétionnaire des États membres en la matière et, d'autre part, de garantir la défense des droits des personnes soumises, de ce chef, à des mesures restrictives;

52. que de telles limites et garanties résultent notamment de l'obligation, imposée aux États membres, de fonder exclusivement les mesures prises sur le comportement individuel des personnes qui en font l'objet, de s'abstenir de toutes mesures en la matière qui seraient utilisées à des fins étrangères aux besoins de l'ordre public ou porteraient atteinte à l'exercice des droits syndicaux, de communiquer sans délai, à toute personne frappée de mesures restrictives — et sous réserve du cas où des motifs intéressant la sûreté de l'État s'y opposeraient —, les raisons qui sont à la base de la décision prise, enfin, d'assurer l'exercice effectif des voies de recours;

53. qu'en particulier, des mesures restrictives du droit de séjour limitées à une partie du territoire national ne peuvent être prononcées, par un État membre, à l'égard de ressortissants d'autres États membres relevant des dispositions du traité que dans les cas et conditions dans lesquels de telles mesures peuvent être appliquées aux nationaux de l'État en cause;

Quant aux dépens

54. Attendu que les frais exposés par le gouvernement de la République française, le gouvernement de la République italienne et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

55. que la procédure revêtant à l'égard des parties au principal le caractère d'un incident soulevé au cours du litige pendant devant le tribunal administratif de Paris, il appartient à celui-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal administratif de Paris par jugement du 16 décembre 1974, dit pour droit:

1) *L'expression «sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public» dans l'article 48 concerne non seulement les dispositions légales et réglementaires que chaque État membre a prises pour limiter, sur son territoire, la libre circulation et le séjour des ressortissants des autres États membres, mais concerne aussi les décisions individuelles prises en application de telles dispositions légales ou réglementaires;*

2) La justification de mesures destinées à sauvegarder l'ordre public doit être appréciée au regard de toutes règles de droit communautaire ayant pour objet, d'une part, de limiter l'appréciation discrétionnaire des États membres en la matière et, d'autre part, de garantir la défense des droits des personnes soumises, de ce chef, à des mesures restrictives.

De telles limites et garanties résultent notamment de l'obligation, imposée aux États membres, de fonder exclusivement les mesures prises sur le comportement individuel des personnes qui en font l'objet, de s'abstenir de toutes mesures en la matière qui seraient utilisées à des fins étrangères aux besoins de l'ordre public ou porteraient atteinte à l'exercice des droits syndicaux, de communiquer sans délai, à toute personne frappée de mesures restrictives — et sous réserve du cas où des motifs intéressant la sûreté de l'État s'y opposeraient —, les raisons qui sont à la base de la décision prise, enfin, d'assurer l'exercice effectif des voies de recours.

En particulier, des mesures restrictives du droit de séjour limitées à une partie du territoire national ne peuvent être prononcées, par un État membre, à l'égard de ressortissants d'autres États membres relevant des dispositions du traité que dans les cas et conditions dans lesquels de telles mesures peuvent être appliquées aux nationaux de l'État en cause.

Processo n.º 48/75

JEAN NÖEL ROYER

Acórdão de 8 de Abril de 1976

EN DROIT

1. Attendu que, par jugement du 6 mai 1975, parvenu au greffe de la Cour le 29 mai suivant, confirmé par arrêt de la cour d'appel de Liège du 22 décembre 1975, parvenu au greffe de la Cour le 30 décembre suivant, le tribunal de première instance de Liège a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, une série de questions relatives à l'interprétation des articles 48, 53, 56, 62 et 189 du traité CEE ainsi que des directives du Conseil n° 64/221, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (JO 1964, p. 850) et n° 68/360, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté (JO 1968, n° L 257, p. 13);

2. que ces questions ont été soulevées dans le cadre d'une poursuite pénale intentée contre un ressortissant français sous la prévention d'entrée illégale et de séjour illégal sur le territoire belge;

3. qu'il résulte du dossier que le prévenu a été, dans son pays d'origine, condamné du chef de proxénétisme et poursuivi pour divers vols à main armées sans avoir été cependant, selon les renseignements disponibles, condamné de ce chef;

4. que l'épouse du prévenu, également de nationalité française, exploitant dans la région de Liège un café-dancing, en qualité d'employée de la société propriétaire de l'établissement, le prévenu l'y avait rejointe, en négligeant cependant d'accomplir les formalités administratives d'inscription au registre de la population;

5. que les autorités compétentes, ayant décelé son séjour, ont pris à son égard une mesure d'éloignement du territoire et introduit contre lui des poursuites du chef de séjour illégal qui ont abouti à une première condamnation judiciaire;

6. qu'à la suite d'un bref séjour en Allemagne, le prévenu est retourné sur le territoire belge pour y rejoindre son épouse, négligeant, à nouveau de se soumettre aux formalités légales en matière de contrôle des étrangers;

7. qu'ayant été à nouveau intercepté par la police, il a été placé sous mandat d'arrêt lequel cependant n'a pas été confirmé par l'autorité judiciaire;

8. qu'avant la levée d'écrou, le prévenu s'est toutefois vu signifier un arrêté ministériel de renvoi, pris au motif que «le comportement personnel de Royer fait juger sa présence dangereuse pour l'ordre public» et que l'intéressé «n'a pas respecté les conditions mises au séjour des étrangers et n'a pas de permis d'établissement dans le Royaume»;

9. qu'à la suite de cet arrêté de renvoi, le prévenu semble avoir quitté effectivement le territoire belge, la poursuite du chef d'entrée illégale et de séjour illégal suivant son cours devant le tribunal de première instance;

Sur les dispositions communautaires applicables

10. Attendu que la juridiction nationale n'a pas encore, au stade actuel de la procédure, qualifié définitivement la situation du prévenu au regard des dispositions du droit communautaire qui lui sont applicables;

11. que les faits retenus par la juridiction nationale et le choix des textes de droit communautaire dont elle a demandé l'interprétation permettent d'envisager à ce sujet différentes hypothèses, selon que le prévenu relève des dispositions du droit communautaire en raison d'une activité professionnelle qu'il aurait lui-même exercée, ou d'un emploi qu'il aurait lui-même recherché, ou encore comme conjoint d'une personne bénéficiant des dispositions du droit communautaire en raison de son activité professionnelle, de manière que sa situation pourrait relever alternativement:

- a) du chapitre du traité relatif aux travailleurs et, plus particulièrement, de l'article 48, dont la mise en oeuvre a été assurée par le règlement du Conseil n° 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257, p. 2) et la directive du Conseil n° 68/360, ou
- b) des chapitres relatifs au droit d'établissement et aux services, notamment des articles 52, 53, 56, 62 et 66, mis en oeuvre par la directive du Conseil n° 73/148, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services (JO 1973, n° L 172, p. 14);

12. qu'il apparaît cependant d'un rapprochement entre ces différentes dispositions que celles-ci sont fondées sur les mêmes principes en ce qui concerne tant l'entrée et le séjour sur le territoire des États membres, des personnes relevant du droit communautaire, que l'interdiction de toute discrimination exercée à leur égard en raison de la nationalité;

13. qu'en particulier, l'article 10 du règlement n° 1612/68, l'article 1 de la directive n° 68/360 et l'article 1 de la directive n° 73/148 étendent, en des termes identiques, l'application du droit communautaire en matière d'entrée et de séjour sur le territoire des États membres au conjoint de toute personne relevant de ces dispositions;

14. qu'à son tour, la directive n° 64/221 vise, aux termes de son article 1, les ressortissants d'un État membre qui séjournent ou se rendent dans un autre État membre de la Communauté, soit en vue d'exercer une activité salariée ou non salariée, soit en qualité de destinataires de services, y compris le conjoint et les membres de la famille;

15. qu'il apparaît de ce qui précède que des dispositions matériellement identiques du droit communautaire s'appliquent dans un cas tel que celui de l'espèce, dès lors qu'existe soit directement dans le chef de l'intéressé, soit dans le chef de son conjoint, un lien de rattachement avec le droit communautaire au titre de l'une quelconque des dispositions citées;

16. que c'est dans le cadre de ces considérations préliminaires et sans préjudice du droit, pour la juridiction nationale, de qualifier au regard des dispositions du droit communautaire la situation soumise à son appréciation, qu'il sera répondu aux questions posées par le tribunal de première instance;

Sur les 1^{re}, 2^e, 3^e et 4^e questions (source des droits conférés par le traité en matière d'entrée et de séjour sur le territoire des États membres)

17. Attendu que, par les 1^{re}, 2^e, 3^e et 4^e questions, il est demandé, en substance, de déterminer, notamment au regard de l'article 48 du traité et des directives n.ºs 64/221 et 68/360, la source du droit, pour les ressortissants d'un État membre, d'entrer sur le territoire d'un autre État membre et d'y séjourner, ainsi que l'effet, sur l'exercice de ce droit, des pouvoirs exercés par les États membres en matière de police des étrangers;

18. que, plus particulièrement, il est demandé de préciser à cet égard,

- a) si ce droit est conféré directement par le traité ou d'autres dispositions du droit communautaire ou s'il ne prend naissance que par l'effet d'un titre de séjour délivré par l'autorité compétente d'un État membre, reconnaissant la situation individuelle d'un ressortissant d'un autre État membre au regard des dispositions du droit communautaire,
- b) si, des termes de l'article 4, paragraphes 1 et 2, de la directive n.º 68/360 il faut inférer une obligation, pour les États membres, de délivrer un titre de séjour dès lors que l'intéressé est en mesure d'apporter la preuve de ce qu'il relève des dispositions du droit communautaire;
- c) si l'omission, par le ressortissant d'un État membre, de remplir les formalités légales relatives au contrôle des étrangers constitue, en soi, un comportement menaçant l'ordre et la sécurité publics et si un tel comportement peut dès lors justifier une décision d'éloignement ou de privation provisoire de liberté,
- d) si une mesure d'éloignement prise à la suite d'une telle omission relève de la «prévention générale» ou de considérations de «prévention spéciale», rattachées au comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet;

19 attendu qu'aux termes de l'article 48, la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté;

20. qu'elle comporte le droit, selon le 3^e paragraphe du même article, de trouver accès au territoire des États membres, de s'y déplacer librement, d'y séjourner afin d'y exercer un emploi et d'y demeurer après la fin de celui-ci;

21. qu'aux termes de l'article 52, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont progressivement supprimées, cette suppression devant être complète au terme de la période de transition;

22. que selon l'article 59, sont supprimées, dans les mêmes conditions, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté;

23. que ces dispositions, qui s'analysent en une prohibition, pour les États membres, d'opposer des restrictions ou des obstacles à l'entrée et au séjour de ressortissants des autres États membres sur leur territoire, ont pour effet de conférer directement des droits à toute personne relevant

du champ d'application personnel des articles cités, tel qu'ils ont été ultérieurement précisés par les dispositions prises en application du traité par voie de règlement ou de directive;

24. que cette interprétation a été reconnue par tous les actes de droit dérivé pris pour la mise en oeuvre des dispositions citées du traité;

25. qu'ainsi, l'article 1 du règlement n° 1612/68 dispose que tout ressortissant d'un État membre, quel que soit le lieu de sa résidence, a «le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre», alors que l'article 10 du même règlement étend «le droit de s'installer» aux membres de la famille du bénéficiaire;

26. que l'article 4 de la directive n° 68/360 dispose que les États membres reconnaissent «le droit de séjour sur leur territoire» aux personnes visées, en ajoutant que ce droit est «constaté» par la délivrance d'une titre de séjour particulier;

27. qu'à son tour, la directive n° 73/148 constate dans son préambule que la liberté d'établissement ne peut être pleinement réalisée que «si un droit de séjour permanent est reconnu aux personnes appelées à en bénéficier» et que la libre prestation de services implique que le prestataire et le destinataire soient assurés «d'un droit de séjour correspondant à la durée de la prestation»;

28. que ces dispositions montrent que les autorités législatives de la Communauté avaient conscience de ce que, par le règlement et les directives en cause, sans créer de droits nouveaux en faveur des personnes protégées par le droit communautaire, elles ont précisé le champ d'application et les modalités de l'exercice de droits conférés directement par le traité;

29. qu'il apparaît ainsi que la réserve formulée par les articles 48, paragraphe 3, et 56, paragraphe 1, du traité, relative à la sauvegarde de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique, doit être comprise non comme une condition préalable posée à l'acquisition du droit d'entrée et de séjour, mais comme ouvrant la possibilité d'apporter, dans des cas individuels et en présence d'une justification appropriée, des restrictions à l'exercice d'un droit directement dérivé du traité;

30. que ces considérations permettent de donner les réponses suivantes aux questions spécifiques posées par la juridiction nationale;

31. a) attendu qu'il résulte de ce qui précède que le droit des ressortissants d'un État membre d'entrer sur le territoire d'un autre État membre et d'y séjourner, aux fins voulues par le traité — notamment pour y rechercher ou exercer une activité professionnelle, salariée ou indépendante, ou pour y rejoindre leur conjoint ou leur famille — constitue un droit directement conféré par le traité ou, selon le cas, les dispositions prises pour la mise en oeuvre de celui-ci;

32. qu'il faut en conclure que ce droit est acquis indépendamment de la délivrance d'un titre de séjour par l'autorité compétente d'un État membre;

33. que l'octroi de ce titre est, dès lors, à considérer non comme un acte constitutif de droits, mais comme un acte destiné à constater, de la part d'un État membre, la situation individuelle d'un ressortissant d'un autre État membre au regard des dispositions du droit communautaire;

34. b) attendu qu'aux termes de l'article 4, paragraphes 1 et 2, de la directive n° 68/360, et sans préjudice de ce qui est dit à l'article 10 de la même directive, les États membres «reconnais-sent» le droit de séjour sur leur territoire aux personnes qui sont en mesure de présenter les do-

cuments indiqués par la même directive, le droit de séjour étant «constaté» par la délivrance d'une carte de séjour spéciale;

35. que les dispositions citées de la directive ont pour objet de déterminer les modalités pratiques qui régissent l'exercice de droits conférés directement par la traité;

36. qu'il en résulte que le droit de séjour doit donc être reconnu par les autorités des États membres à toute personne relevant des catégories désignées à l'article 1 de la directive et qui est en mesure de prouver, par la présentation des documents spécifiés au paragraphe 3 de l'article 4, l'appartenance à l'une de ces catégories;

37. qu'il y a donc lieu de répondre à la question posée que l'article 4 de la directive n.º 68/360 implique, pour les États membres, l'obligation de délivrer le titre de séjour à toute personne qui apporte la preuve, par les documents appropriés, de ce qu'elle appartient à l'une des catégories déterminées par l'article 1 de la même directive;

38. c) attendu qu'il faut encore déduire de ce qui précède que la simple omission, par le ressortissant d'un État membre, des formalités légales relatives à l'accès, au déplacement et au séjour des étrangers, ne saurait justifier une décision d'éloignement;

39. que, s'agissant de l'exercice d'un droit acquis en vertu du traité même, un tel comportement ne saurait être considéré comme constituant, en soi, une atteinte à l'ordre ou à la sécurité publics;

40. qui serait, dès lors, contraire aux dispositions du traité toute décision d'éloignement prise par les autorités d'un État membre, à l'encontre du ressortissant d'un autre État membre relevant du traité, si elle était fondée exclusivement sur le motif tiré de l'omission, par l'intéressé, de se soumettre aux formalités légales relatives au contrôle des étrangers ou de l'absence d'un titre de séjour;

41. qu'il convient cependant de préciser à cet égard, d'une part, qu'il reste loisible aux États membres d'éloigner de leur territoire un ressortissant d'un autre État membre lorsque les besoins de l'ordre et de la sécurité publics sont mis en cause pour des motifs autres que l'omission des formalités relatives au contrôle des étrangers, sans préjudice des limites imposées à leur pouvoir d'appréciation par le droit communautaire, précisées par la Cour dans son arrêt du 26 octobre 1975 (affaire 36-75, Rutili);

42. que, d'autre part, le droit communautaire n'empêche pas des États membres de rattacher à la méconnaissance des prescriptions nationales relatives au contrôle des étrangers toutes sanctions appropriées — autres qu'une mesure d'éloignement du territoire — qui seraient nécessaires en vue d'assurer l'efficacité de ces dispositions;

43. qu'en ce qui concerne la question de savoir s'il est loisible à un État membre de prendre des mesures de privation provisoire de liberté à l'égard d'un étranger relevant du traité en vue de l'éloignement du territoire, la constatation s'impose, en premier lieu, qu'aucune mesure de ce caractère ne pourrait entrer en ligne de compte dans les cas où une décision d'éloignement du territoire serait contraire au traité;

44. que, d'autre part, la légitimité d'une mesure de privation provisoire de liberté prise à l'égard d'un étranger qui n'aurait pas justifié relever du traité, ou qui pourrait faire l'objet d'un éloignement du territoire pour des motifs autres que l'omission des formalités relatives au contrôle des

étrangers, dépend des dispositions du droit national et des engagements internationaux assumés par l'État membre concerné, le droit communautaire comme tel ne prévoyant pas à ce stade des obligations spécifiques pour les États membres à ce sujet;

45. d) attendu qu'aux termes de l'article 3, paragraphe 1, de la directive n° 64/221 «les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet»;

46. que cette disposition impose aux États membres l'obligation de porter leur appréciation, en ce qui concerne les exigences de l'ordre et de la sécurité publics, au regard de la situation individuelle de toute personne protégée par le droit communautaire et non sur base d'appréciations globales;

47. qu'il apparaît toutefois de ce qui précède que le fait d'avoir omis d'accomplir les formalités légales relatives à l'accès, au déplacement et au séjour des étrangers ne saurait, en lui-même, constituer une atteinte à l'ordre et à la sécurité publics au sens du traité;

48. qu'un tel comportement ne peut donc donner en soi lieu à l'application des mesures envisagées par l'article 3 de la directive citée;

49. qu'il apparaît dès lors que cette partie des questions posées est, en conséquence de ce qui précède, devenue sans objet;

50. attendu qu'il y a donc lieu de répondre aux questions posées que le droit, pour les ressortissants d'un État membre, d'entrer sur le territoire d'un autre État membre et d'y séjourner est directement conféré, à toute personne relevant du champ d'application du droit communautaire, par le traité — notamment ses articles 48, 52 et 59 — ou, selon le cas, les dispositions prises pour la mise en oeuvre de celui-ci, indépendamment de tout titre de séjour délivré par l'État d'accueil;

51. que la simple omission, par le ressortissant d'un État membre, des formalités relatives à l'accès, au déplacement et au séjour des étrangers n'est pas de nature à constituer, en elle-même, un comportement menaçant l'ordre et la sécurité publics et ne saurait dès lors, à elle seule, justifier ni une mesure d'éloignement ni une détention provisoire en vue d'une telle mesure;

Sur la 5^e question (exécution des mesures d'éloignement et droit de recours)

52. Attendu que, par la 5^e question, il est demandé en substance si une décision d'éloignement ou le refus de délivrer un titre de séjour ou d'établissement peut, au regard des exigences du droit communautaire, donner lieu à des mesures d'exécution immédiates, ou si une telle décision ne sort ses effets qu'après épuisement des recours exercés devant les juridictions nationales;

53. attendu qu'aux termes de l'article 8 de la directive n° 64/221 toute personne frappée d'une mesure d'éloignement du territoire doit pouvoir introduire contre cette décision les recours ouverts aux nationaux contre les actes administratifs;

54. qu'à défaut, l'intéressé doit avoir, à tout le moins, aux termes de l'article 9, la possibilité de faire valoir ses moyens de défense devant une autorité compétente, différente de celle qui a pris la mesure restrictive de sa liberté;

55. qu'il convient de préciser, à cet égard, que toutes dispositions doivent être prises par les États membres en vue d'assurer, à toute personne frappée par une mesure restrictive de ce genre, la jouissance effective de la sauvegarde que constitue, pour elle, l'exercice de ce droit de recours;

56. que cette garantie deviendrait cependant illusoire si les États membres pouvaient, par l'exécution immédiate d'une décision d'éloignement, priver l'intéressé de la possibilité de faire fruit, utilement, des moyens de recours dont la jouissance lui est garantie par la directive n° 64/221;

57. que, dans le cas des recours juridictionnels visés par l'article 8 de la directive n° 64/221, l'intéressé doit à tout le moins recevoir la possibilité, dès avant l'exécution de la mesure d'éloignement, d'introduire son recours et d'obtenir ainsi la suspension de l'exécution de la mesure prise;

58. que cette conclusion se dégage également du lien établi par la directive entre l'article 8 et l'article 9, étant donné que la procédure visée par cette dernière disposition est obligatoire, entre autres, chaque fois que les recours juridictionnels dont il est question à l'article 8 «n'ont pas d'effet suspensif»;

59. que, selon l'article 9, la procédure de recours devant une autorité compétente doit, sauf cas d'urgence, être préalable à la décision d'éloignement;

60. qu'il résulte de ce qui précède que, dans les cas où un recours juridictionnel au sens de l'article 8 est ouvert, la décision d'éloignement ne saurait être exécutoire avant que l'intéressé ait été en mesure d'introduire un tel recours;

61. que, dans le cas où un tel recours ne serait pas ouvert ou, tout en étant ouvert, n'aurait pas d'effet suspensif, la décision ne pourrait être prise — sauf urgence dûment justifiée — tant que l'intéressé n'a pas reçu l'occasion de se pourvoir devant l'autorité désignée par l'article 9 de la directive n° 64/221 et tant que cette autorité ne s'est pas prononcée;

62. attendu qu'il y a donc lieu de répondre à la question posée qu'une décision d'éloignement ne saurait être exécutée, sauf urgence dûment justifiée, à l'égard d'une personne protégée par le droit communautaire avant que l'intéressé ait été en mesure d'épuiser les recours dont l'exercice lui est assuré par les articles 8 et 9 de la directive n° 64/221;

Sur les 6^e, 7^e et 8^e questions (prohibition de nouvelles restrictions)

63. Attendu que, par les 6^e, 7^e et 8^e questions, il est demandé de dire si, en vertu des articles 53 et 62 du traité, prohibant l'introduction, par un État membre, de nouvelles restrictions à l'établissement de ressortissants des autres États membres et à la liberté effectivement atteinte en matière de prestation de services, un État membre peut revenir à des dispositions ou pratiques moins libérales que celles qu'il avait précédemment appliquées;

64. que, plus particulièrement, il est demandé de préciser à cet égard:

a) si des dispositions nationales, dont l'effet est de rendre moins libérales les dispositions antérieurement appliquées, sont justifiées lorsqu'elles ont pour objet d'aligner le droit national sur les directives de la Communauté en la matière,

b) si l'interdiction de nouvelles restrictions s'applique également aux dispositions de caractère formel et procédural en dépit de ce que, pour la mise en oeuvre des directives, l'article 189 du traité CEE réserve aux États membres «la compétence quant à la forme et aux moyens»;

65. a) attendu que les articles 53 et 62 impliquent l'interdiction non seulement d'introduire de nouvelles restrictions par rapport à la situation existant au moment de l'entrée en vigueur du traité, mais encore de revenir sur des mesures de libéralisation prises par les États membres, qui constituent l'exécution d'obligations résultant du droit communautaire;

66. qu'à cet égard, les mesures prises par la Communauté, notamment sous forme de directives, pour la mise en oeuvre des dispositions du traité peuvent fournir une indication en ce qui concerne la portée des obligations assumées par les États membres;

67. que tel est le cas, en particulier, de la directive n° 64/221 qui précise un certain nombre de limites mises à la liberté d'appréciation des États membres et d'obligations incombant à ceux-ci en matière de sauvegarde de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique;

68. qu'on ne saurait, par contre, invoquer la règle des articles 53 et 62 dans des cas où il serait établi que des avantages accordés par un État membre aux ressortissants d'autres États membres ne constituent pas l'exécution d'une obligation définie par le droit communautaire;

69. b) attendu qu'on ne saurait voir une opposition entre l'interdiction de nouvelles restrictions, par les articles 53 et 62, et la disposition de l'article 189 qui réserve aux États membres, dans la mise en oeuvre des directives, «la compétence quant à la forme et aux moyens»;

70. qu'en effet, le choix des formes et moyens ne peut être opéré que dans le respect des prescriptions et interdictions résultant du droit communautaire;

71. qu'en ce qui concerne les directives destinées à mettre en oeuvre la libre circulation des personnes, une importance particulière a été attachée par les institutions compétentes de la Communauté à un ensemble de prescriptions de caractère formel et procédural destinées à garantir le fonctionnement pratique du régime instauré par le traité;

72. que ceci est le cas notamment de la directive n° 64/221 relative aux mesures spéciales justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, en ce sens que certaines parmi les garanties prévues par cette directive en faveur des personnes protégées par le droit communautaire — à savoir l'obligation de communiquer à toute personne frappée d'une mesure restrictive les motifs de la décision prise à son égard et de lui donner accès à une voie de recours — sont, précisément, de caractère procédural;

73. qu'il en résulte l'obligation, pour les États membres, de choisir, dans le cadre de la liberté qui leur est laissée par l'article 189, les formes et moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives, compte tenu de l'objet de celles-ci;

74. attendu qu'il y a donc lieu de répondre aux questions posées que les articles 53 et 62 du traité prohibent l'introduction, par un État membre, de nouvelles restrictions à l'établissement de ressortissants d'autres États membres et à la liberté effectivement atteinte en matière de prestations de services, empêchant les États membres de revenir à des dispositions ou pratiques moins libérales pour autant que les mesures de libéralisation prises constituent l'exécution d'obligations découlant des dispositions et objectifs du traité;

75. que la liberté laissée par l'article 189 aux États membres quant aux choix des formes et moyens, en matière d'exécution des directives, laisse entière leur obligation de choisir les formes et moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives;

Quant aux dépens

76. Attendu que les frais exposés par la Commission des Communautés européennes, qui a soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

77. que la procédure revêtant à l'égard des parties au principal le caractère d'un incident soulevé au cours du litige pendant devant le tribunal de première instance de Liège, il appartient à celui-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal de première instance de Liège, dit pour droit:

- 1) *Le droit, pour les ressortissants d'un État membre, d'entrer sur le territoire d'un autre État membre et d'y séjourner est directement conféré, à toute personne relevant du champ d'application du droit communautaire, par le traité — notamment ses articles 48, 52 et 59 — ou, selon le cas, les dispositions prises pour la mise en oeuvre de celui-ci, indépendamment de tout titre de séjour délivré par l'État d'accueil.*
- 2) *L'article 4 de la directive n.º 68/360 implique, pour les États membres, l'obligation de délivrer le titre de séjour à toute personne qui apporte la preuve, par les documents appropriés, de ce qu'elle appartient à l'une des catégories visées par l'article 1 de la même directive.*
- 3) *La simple omission, par le ressortissant d'un État membre, des formalités relatives à l'accès, au déplacement et au séjour des étrangers n'est pas de nature à constituer, en elle-même, un comportement menaçant l'ordre et la sécurité publics et ne saurait dès lors, à elle seule, justifier ni une mesure d'éloignement, ni une détention provisoire en vue d'une telle mesure.*
- 4) *Une décision d'éloignement ne saurait être exécutée, sauf urgence dûment justifiée, à l'égard d'une personne protégée par le droit communautaire avant que l'intéressé ait été en mesure d'épuiser les recours dont l'exercice lui est assuré par les articles 8 et 9 de la directive n.º 64/211.*
- 5) *Les articles 53 et 62 du traité prohibent l'introduction, par un État membre, de nouvelles restrictions à l'établissement de ressortissants d'autres États membres et à la liberté effectivement atteinte en matière de prestations de services, empêchant les États membres de revenir à des dispositions ou pratiques moins libérales pour autant que les mesures de libéralisation prises constituent l'exécution d'obligations découlant des dispositions et objectifs du traité.*
- 6) *La liberté laissée par l'article 189 aux États membres quant aux choix des formes et moyens, en matière d'exécution des directives, laisse entière leur obligation de choisir les formes et moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives.*

Processo N.º 52/79

PROCUREUR DU ROI C. MARC J. V. C. DEBAUVE ET AUTRES

Acórdão de 18 de Março de 1980

EN DROIT

1. Par jugement du 23 février 1979, parvenu à la Cour le 3 avril 1979, le tribunal correctionnel de Liège a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, deux questions relatives à interprétation des articles 59 et 60 du traité au regard de certains problèmes concernant la transmission de publicité commerciale par télédistribution.

2. Ces questions ont été soulevées dans le cadre de poursuites pénales intentées devant le tribunal de police de Liège contre trois personnes pour avoir contrevenu à une interdiction de transmettre des émissions de radiodiffusion télévisuelle revêtant un caractère de publicité commerciale, et mettant en cause deux sociétés de droit belge, civilement responsables pour les trois prévenus, leurs préposés. Ces poursuites ont été entamées à l'initiative notamment de trois associations représentatives de consommateurs ou d'intérêts culturels, ainsi que d'un certain nombre de personnes physiques, qui se sont constituées parties civiles devant le tribunal de police. Celui-ci ayant acquitté les prévenus et mis hors de cause les sociétés civilement responsables, les trois associations et certaines des autres parties civiles, ainsi que le ministère public ont interjeté appel devant le tribunal correctionnel.

3. Il ressort du dossier que les deux sociétés en cause assurent, avec l'autorisation de l'administration belge, un service de télédistribution qui couvre une partie du territoire belge. Les postes récepteurs de télévision des abonnés à ce service sont reliés par câble à une antenne centrale aux caractéristiques techniques spéciales, qui permettent de capter les émissions belges et certaines émissions étrangères que l'abonné ne pourrait pas capter dans tous les cas sur une antenne individuelle, et qui améliorent en outre la qualité des images et du son reçus par l'abonné.

4. Les poursuites concernent la distribution en Belgique, par le système de télédistribution ainsi mis en place, de messages télévisés émis par des émetteurs établis hors de la Belgique, pour autant que ces messages comportent une publicité commerciale. La législation belge interdit aux instituts nationaux de radiodiffusion-télévision, qui ont le monopole légal des émissions, de procéder à des émissions revêtant un caractère de publicité commerciale. En ce qui concerne la télédistribution, l'article 21 de l'arrêté royal du 24 décembre 1966 (Moniteur belge du 24 janvier 1967) interdit également la transmission des émissions revêtant un caractère de publicité commerciale.

5. Le jugement de renvoi constate qu'en pratique, les télédiffuseurs n'ont pas tenu compte de cette interdiction et qu'ils ont transmis les programmes étrangers sans couper les séquences publi-

citaires; que cette pratique a été tolérée par le gouvernement belge qui n'a appliqué aucune sanction et n'a procédé à aucun retrait d'autorisation; et qu'une partie importante des téléspectateurs belges peut capter les programmes étrangers sans le concours des relais organisés par les sociétés de télédistribution.

6. C'est en considération de ces circonstances de fait que le tribunal correctionnel a formulé ses questions relatives aux articles 59 et 60 du traité. Il estime que l'application de l'interdiction en question pourrait avoir des incidences sur la liberté de prestations de services au niveau communautaire. En effet, selon le tribunal, les instituts d'émission étrangers tireraient une partie appréciable de leurs revenus de la publicité qui leur est confiée par les annonceurs, de manière que la coupure des messages publicitaires en Belgique pourrait inciter ces annonceurs à restreindre ou à supprimer leur publicité commerciale; par ailleurs, les annonceurs, commerçants ou industriels, établis dans les pays voisins, atteindraient de façon plus restreinte le marché belge auquel ils adressaient jusqu'alors leurs messages et offraient leurs services.

7. Les questions posées par le tribunal correctionnel sont libellées comme suit:

- «1. Eu égard à l'arrêt de la Cour de justice du 30 avril 1974 dans l'affaire 155/73, *Sacchi*, l'article 59 du traité de Rome doit-il être interprété comme interdisant toute réglementation nationale s'opposant à la transmission par les sociétés de distribution de télévision par fil de messages publicitaires, alors que la captation naturelle de tels messages dans les zones de réception des émetteurs étrangers reste possible et licite, compte tenu notamment de ce que:
 - a) une telle réglementation introduirait une discrimination fondée sur la localisation géographique de l'émetteur étranger qui ne pourrait émettre de messages publicitaires que dans sa zone de réception naturelle, ces zones pouvant, du fait des densités de population différente, présenter un intérêt publicitaire très différent,
 - b) une telle réglementation introduirait une restriction disproportionnée par rapport à l'objet envisagé du fait que celui-ci — à savoir l'interdiction de la publicité télévisée — ne pourrait jamais être entièrement réalisé en raison de l'existence de zones naturelles de captation.
2. Eu égard à l'arrêt de la Cour de justice du 3 décembre 1974 dans l'affaire 33/74, *Van Binsbergen*, les articles 59 et 60 du traité de Rome doivent-ils être interprétés comme ayant un effet direct à l'encontre de toute réglementation nationale dans la mesure où une telle réglementation n'établit aucune discrimination formelle à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de sa résidence (en l'espèce l'interdiction de retransmettre des messages publicitaires)?»

8. Avant d'examiner ces questions, la Cour rappelle qu'elle a déjà dit pour droit, dans son arrêt du 30 avril 1974 (affaire 155/73, *Sacchi*, Recueil 1974, p. 409), que l'émission de messages télévisés, y compris ceux ayant un caractère publicitaire, relève, en tant que telle, des règles du traité relatives aux prestations de services. Il n'y a aucune raison de réserver un traitement différent à la transmission de tels messages par voie de télédistribution.

9. Toutefois, il y a lieu de faire observer que les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services ne pourraient s'appliquer aux activités dont tous les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre. La question de savoir si tel est le cas dépend de constatations de fait qu'il appartient à la juridiction nationale d'établir. Le tribunal correctionnel ayant estimé en l'espèce que, dans les circonstances données, les prestations de services qui sont à l'origine des poursuites dont elle se trouve saisie sont de nature à relever des dispositions du traité

relatives aux prestations de services, il convient d'examiner les questions posées dans cette même perspective.

10. La question centrale soulevée par la juridiction nationale vise à savoir si les articles 59 et 60 du traité doivent être interprétés comme interdisant toute réglementation nationale s'opposant à la transmission de messages publicitaires par voie de télédistribution, dans la mesure où une telle réglementation n'établit aucune distinction en ce qui concerne l'origine des messages, la nationalité du prestataire de services ou le lieu d'établissement de celui-ci.

11. Aux termes de l'article 59, alinéa 1, du traité, les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition, à l'égard des ressortissants des États membres de la Communauté. Les impératifs de cette disposition comportent l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie.

12. Compte tenu de la nature particulière de certaines prestations de services, telles que l'émission et la transmission de messages télévisés, on ne saurait considérer comme incompatibles avec le traité des exigences spécifiques imposées aux prestataires, qui seraient motivées par l'application de règles régissant certains types d'activité, justifiées par l'intérêt général et incombant à toute personne ou entreprise établie sur le territoire dudit État membre, dans la mesure où un prestataire établi dans un autre État membre n'y serait pas soumis à des prescriptions similaires.

13. Il résulte des informations données à la Cour pendant la présente procédure que l'émission de messages publicitaires par télévision fait l'objet, dans les différents États membres, de régimes juridiques fort divergents qui vont d'une prohibition presque totale, comme elle est pratiquée en Belgique, par des réglementations comportant des limitations plus ou moins strictes, jusqu'à des régimes de large liberté commerciale. A défaut d'harmonisation des législations nationales et compte tenu des considérations d'intérêt général inhérentes aux réglementations limitatives en cette matière, l'application des législations en cause ne saurait être considérée comme constituant une restriction à la libre prestation de services pour autant que ces législations traitent de façon identique toutes prestations en la matière, quelle qu'en soit l'origine et quelle que soit la nationalité ou le lieu d'établissement des prestataires.

14. C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient d'apprécier une interdiction du genre de celle que comporte la législation belge évoquée par la juridiction nationale. Il importe de relever que l'interdiction de transmettre des messages publicitaires par télédistribution, figurant à l'arrêt royal précité, ne saurait être examinée isolément. Il ressort de l'ensemble de la législation belge en matière de radiodiffusion que cette interdiction est le corollaire de la défense faite aux instituts de radiodiffusion belges de procéder à des émissions de publicité commerciale. C'est de cette façon également que le jugement de renvoi présente la législation applicable, en indiquant que c'est pour maintenir la conformité avec le régime imposé aux instituts de radiodiffusion nationaux que l'arrêt royal interdit la transmission des séquences publicitaires.

15. En l'absence d'une harmonisation des règles applicables, une interdiction de ce genre rentre dans le cadre de la compétence laissée à chaque État membre de réglementer, de restreindre ou même d'interdire totalement, sur son territoire, pour des raisons d'intérêt général, la publicité télévisée. Il n'en est pas différemment si de telles restrictions ou interdictions s'étendent à la publicité télévisée originaire d'autres États membres si tant est qu'elles soient effectivement appliquées dans les mêmes termes aux organismes de télévision nationaux.

16. Il y a donc lieu de répondre que les articles 59 et 60 du traité n'interdisent pas une réglementation nationale s'opposant à la transmission de messages publicitaires par télédistribution, de même qu'à l'émission de messages publicitaires par télévision, si cette réglementation est appliquée sans distinction en ce qui concerne l'origine, nationale ou étrangère, de ces messages, ou la nationalité du prestataire, ou le lieu de son établissement.

17. Compte tenu de cette réponse, la question posée en ce qui concerne les conséquences pouvant découler de l'applicabilité directe des articles 59 et 60 du traité en cas de conflit entre ces dispositions et la législation nationale n'a plus d'objet.

18. La juridiction nationale demande encore si une réglementation s'opposant à la transmission par télédistribution de messages publicitaires ne constitue pas une mesure disproportionnée par rapport à l'objectif visé, du fait que l'interdiction de diffuser la publicité commerciale télévisée reste relativement inefficace, compte tenu de l'existence, dans l'État membre concerné, de zones naturelles de captation de certains postes étrangers.

19. Comme la transmission par télédistribution permet d'étendre la diffusion des messages télévisés et d'en améliorer la pénétration, les restrictions ou interdictions imposées sur son territoire par un État membre en matière de publicité télévisée ne perdent pas leur raison d'être par la circonstance que les émetteurs étrangers peuvent être captés également sur tout le territoire national, ou dans certaines zones de celui-ci, sans l'intermédiaire d'un système de télédistribution. La question posée doit donc recevoir une réponse négative.

20. Finalement, la juridiction nationale veut savoir si une réglementation nationale s'opposant à la transmission par télédistribution de messages publicitaires introduit une discrimination à l'égard des émetteurs étrangers, du fait que leur localisation géographique ne leur permet d'assurer la diffusion de leurs messages que dans la zone de captation naturelle.

21. Par cette question, la juridiction nationale se réfère aux limites spatiales imposées à la diffusion de messages télévisés en fonction, d'une part, du relief naturel du terrain et des constructions urbaines et, d'autre part, des caractéristiques techniques des procédés de diffusion utilisés. Sans doute, ces données naturelles et techniques entraînent des différences en ce qui concerne la captation des messages télévisés, compte tenu de la corrélation entre la situation des postes émetteurs et des récepteurs. De telles différences, dues à des phénomènes naturels, ne sauraient cependant être qualifiées de «discrimination» au sens du traité, celui-ci ne qualifiant de la sorte que les différences de traitement résultant des activités humaines, et notamment de mesures prises par les autorités publiques. Au surplus, il convient de faire remarquer que la Communauté, même si elle est intervenue à certains égards pour compenser des inégalités naturelles, n'a aucune obligation de prendre des mesures destinées à effacer des différences de situation du genre de celles envisagées par la juridiction nationale.

22. Il y a donc lieu de répondre qu'une réglementation nationale s'opposant à la transmission par télédistribution de messages publicitaires ne saurait être considérée ni comme constituant une mesure disproportionnée par rapport à l'objectif visé, du fait que l'interdiction en question reste relativement inefficace compte tenu de l'existence de zones naturelles de captation, ni comme établissant une discrimination prohibée par le traité à l'égard des émetteurs étrangers, du fait que leur localisation géographique ne leur permet d'assurer la diffusion de leurs messages que dans la zone de captation naturelle.

Sur des dépens

23. Les frais exposés par le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne, par le gouvernement du grand-duché de Luxembourg, par le gouvernement du Royaume-Uni, par le gouvernement de la République française, et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet de remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal correctionnel de Liège par jugement du 23 février 1979, dit pour droit:

- 1) Les articles 59 et 60 du traité CEE n'interdisent pas une réglementation nationale s'opposant à la transmission de messages publicitaires par télédistribution, de même qu'à l'émission de messages publicitaires par télévision, si cette réglementation est appliquée sans distinction en ce qui concerne l'origine, nationale ou étrangère, de ces messages, ou la nationalité du prestataire, ou le lieu de son établissement.*
- 2) Une réglementation nationale s'opposant à la transmission par télédistribution de messages publicitaires ne saurait être considérée ni comme constituant une mesure disproportionnée par rapport à l'objectif visé, du fait que l'interdiction en question reste relativement inefficace compte tenu de l'existence de zones naturelles de captation, ni comme établissant une discrimination prohibée par le traité à l'égard des émetteurs étrangers, du fait que leur localisation géographique ne leur permet d'assurer la diffusion de leurs messages que dans la zone de captation naturelle.*

Processo n.º 71/76

J. THIEFFRY C. CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS

Acórdão de 28 de Abril de 1976

EN DROIT

1. Attendu que, par arrêt du 13 juillet 1976, parvenu au greffe de la Cour le 19 du même mois, la cour d'appel de Paris a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, une question concernant l'interprétation de l'article 57 du traité, relatif à la reconnaissance mutuelle des titres d'habilitation professionnelle en vue de l'accès aux activités non salariées, au regard, plus particulièrement, de l'admission à l'exercice de la profession d'avocat;

2. attendu que le litige porté devant la cour d'appel concerne l'admission, à l'Ordre des avocats auprès de la cour de Paris, d'un avocat belge, porteur d'un diplôme belge de docteur en droit dont l'équivalence avec la licence en droit français a été reconnue par une université française et qui, par la suite, a obtenu le «certificat d'aptitude à la profession d'avocat», après avoir passé avec succès les épreuves de cet examen, conformément à la législation française;

3. que l'appelant au principal ayant demandé son inscription au barreau de la cour de Paris, le Conseil de l'ordre a, par arrêté du 9 mars 1976, rejeté sa demande au motif que l'intéressé «ne présente pas de diplôme française justifiant une licence ou un doctorat»;

4. qu'il résulte des termes de cette décision que la demande d'admission a été écartée en raison de la seule circonstance que l'intéressé, bien qu'ayant obtenu une équivalence universitaire de son diplôme de base et acquis en outre le certificat d'aptitude à la profession d'avocat, ne saurait, pour autant, être assimilé au titulaire d'un diplôme de licence ou de doctorat au sens de la législation française;

5. que si, selon le Conseil de l'ordre, le traité a pour effet d'éliminer toute discrimination de nationalité en la matière, l'application de ses dispositions n'entraînerait cependant pas de plein droit l'équivalence des diplômes, celle-ci ne pouvant être le résultat que de directives de reconnaissance — prises en vertu de l'article 57 du traité — qui, pour la profession d'avocat, ne sont pas encore intervenues;

6. que la cour d'appel, saisie d'une réclamation formée par l'intéressé contre l'arrêt du Conseil de l'ordre, a posé à la Cour une question ainsi libellée:

«Le fait d'exiger d'un ressortissant d'un État membre désirant exercer la profession d'avocat dans un autre État membre, le diplôme national prévu par la loi du pays d'établissement, alors

que le diplôme qu'il a obtenu dans son pays d'origine a fait l'objet d'une reconnaissance d'équivalence par l'autorité universitaire du pays d'établissement et lui a permis de subir dans ce pays les épreuves de l'examen d'aptitude à la profession d'avocat — examen auquel il a été admis — constitue-t-il en l'absence des directives prévues par l'article 57, paragraphes 1 et 2, du traité de Rome, un obstacle excédant ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif des dispositions communautaires en cause?»;

7. Attendu qu'aux termes de l'article 3 du traité, l'action de la Communauté comporte, entre autres, l'abolition des obstacles à la libre circulation des personnes et des services;

8. qu'en vue de la réalisation de cet objectif, l'article 52, alinéa 1, prévoit que les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont progressivement supprimées au cours de la période de transition;

9. qu'aux termes de l'alinéa 2 du même article, cette liberté comporte l'accès aux professions non salariées, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants;

10. que l'article 53 souligne le caractère irréversible de la libération atteinte en la matière, à un moment donné, en disposant que les États membres n'introduisent pas de nouvelles restrictions à l'établissement, sur leur territoire, de ressortissants des autres États membres;

11. qu'en vue de faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice, l'article 57 charge le Conseil d'arrêter des directives ayant pour objet, d'une part, la reconnaissance mutuelle des diplômes et, d'autre part, la coordination des dispositions législatives et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et l'exercice de celles-ci;

12. qu'ainsi, cet article vise à concilier la liberté d'établissement avec l'application des règles professionnelles nationales justifiées par l'intérêt général, notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, à condition que cette application soit faite de manière non discriminatoire;

13. que, dans le programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, arrêté le 18 décembre 1961 en application de l'article 54 du traité, le Conseil s'est préoccupé d'éliminer non seulement les discriminations ostensibles, mais encore toute forme de discrimination déguisée en désignant, au titre III, lettre B, comme restrictions devant être éliminées, «les conditions auxquelles une disposition législative, réglementaire ou administrative, ou une pratique administrative, subordonne l'accès ou l'exercice d'une activité non salariée qui, bien qu'applicables sans acception de nationalité, gênent exclusivement ou principalement l'accès ou l'exercice de cette activité par des étrangers» (JO 1962, p. 36);

14. que ce programme, placé dans la perspective de la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, fournit des indications utiles en vue de la mise en oeuvre des dispositions afférentes du traité;

15. attendu qu'il résulte de l'ensemble des dispositions citées que la liberté d'établissement, dans le respect des règles professionnelles justifiées par l'intérêt général, fait partie des objectifs du traité;

16. que, dans la mesure où le droit communautaire n'en a pas lui-même disposé, la mise en oeuvre de ces objectifs peut se trouver réalisée par des mesures édictées par les États membres, lesquels, aux termes de l'article 5 du traité, sont tenus de prendre «toutes mesures générales ou

particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté» et de s'abstenir «de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité»;

17. qu'en conséquence, lorsque la liberté d'établissement prévue par l'article 52 peut être assurée dans un État membre en vertu soit des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, soit des pratiques de l'administration publique ou de corporations professionnelles, le bénéfice effectif de cette liberté ne saurait être refusé à une personne relevant du droit communautaire en raison du seul fait que, pour une profession donnée, les directives prévues par l'article 57 du traité n'ont pas encore été prises;

18. que, la jouissance effective de la liberté d'établissement pouvant relever ainsi, dans certaines circonstances, de législations ou de pratiques nationales, il incombe aux autorités publiques compétentes — et parmi elles aux corporations professionnelles légalement reconnues — d'assurer, de ces législations ou pratiques, une application conforme à l'objectif défini par les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement;

19. qu'en particulier, il y aurait restriction injustifiée de cette liberté dans le cas où l'accès à une profession donnée serait refusé, dans un État membre, à une personne relevant du champ d'application du traité, titulaire d'un diplôme reconnu comme équivalent par l'autorité compétente du pays d'établissement et qui, au surplus, a satisfait aux conditions spécifiques de formation professionnelle en vigueur dans ce pays, en raison du seul fait que l'intéressé ne serait pas en possession du diplôme national correspondant au diplôme dont il est titulaire et qui a été reconnu comme équivalent;

20. attendu que, la juridiction nationale ayant spécifiquement visé l'effet d'une reconnaissance d'équivalence «par l'autorité universitaire du pays d'établissement», la question a été soulevée, en cours de procédure, de savoir s'il convient de distinguer, en ce qui concerne l'équivalence des diplômes, entre une reconnaissance universitaire, accordée en vue de la poursuite de certaines études, et une reconnaissance ayant «effet civil», donnée en vue de l'exercice d'une activité professionnelle;

21. qu'il résulte des renseignements communiqués à ce sujet par la Commission et les gouvernements ayant participé à la procédure que la distinction entre l'effet universitaire et l'effet civil de la reconnaissance de diplômes étrangers est connue, selon des modalités diverses, dans la législation et la pratique de plusieurs États membres;

22. que cette distinction relevant du droit national des différents États, il revient aux autorités nationales d'en apprécier les conséquences, en tenant compte cependant des objectifs du droit communautaire;

23. qu'à cet égard il importe que, dans chaque État membre, la reconnaissance des titres d'habilitation professionnelle aux fins de l'établissement puisse être admise dans toute la mesure compatible avec le respect des exigences professionnelles ci-dessus indiqués;

24. qu'il appartient, dès lors, aux autorités nationales compétentes de porter, compte tenu des exigences du droit communautaire ci-dessus dégagées, les appréciations de fait qui leur permettent de juger si une reconnaissance prononcée par une instance universitaire peut valoir, par delà son effet académique, en tant que titre d'habilitation professionnelle;

25. que la circonstance qu'une législation nationale ne prévoit une reconnaissance d'équivalence qu'à des fins universitaires ne justifie pas, à elle seule, le refus de reconnaître une telle équivalence comme titre d'habilitation professionnelle;

26. qu'il en est particulièrement ainsi lorsqu'un diplôme reconnu à des fins universitaires est complété par un certificat d'aptitude professionnelle obtenu selon la législation du pays d'établissement;

27. attendu que, dans ces conditions, il y a lieu de répondre à la question posée que le fait d'exiger, d'un ressortissant d'un État membre désirant exercer une activité professionnelle dans un autre État membre, telle que la profession d'avocat, le diplôme national prévu par la législation du pays d'établissement, alors que le diplôme que l'intéressé a obtenu dans son pays d'origine a fait l'objet d'une reconnaissance d'équivalence par l'autorité compétente en vertu de la législation du pays d'établissement et lui a ainsi permis de passer avec succès les épreuves spéciales de l'examen d'aptitude à la profession en cause, constitue, même en l'absence des directives prévues par l'article 57, une restriction incompatible avec la liberté d'établissement garantie par l'article 52 du traité;

Quant aux dépens

28. Attendu que les frais exposés par le gouvernement de la République française, le gouvernement du Royaume-Uni et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

29. que la procédure revêtant à l'égard des parties au principal le caractère d'un incident soulevé au cours du litige pendant devant la cour d'appel de Paris, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur la question à elle soumise par la cour d'appel de Paris par arrêt rendu en chambre du conseil le 13 juillet 1976, dit pour droit:

Le fait d'exiger, d'un ressortissant d'un État membre désirant exercer une activité professionnelle dans un autre État membre, telle que la profession d'avocat, le diplôme national prévu par la législation du pays d'établissement, alors que le diplôme que l'intéressé a obtenu dans son pays d'origine a fait l'objet d'une reconnaissance d'équivalence par l'autorité compétente en vertu de la législation du pays d'établissement et lui a ainsi permis de passer avec succès les épreuves spéciales de l'examen d'aptitude à la profession en cause, constitue, même en l'absence des directives prévues par l'article 57, une restriction incompatible avec la liberté d'établissement garantie par l'article 52 du traité.

Processo 8/77

C. SAGULO, G. GENCA ET A. BAKHOVCHÉ

Acórdão de 14 de Julho de 1977

EN DROIT

1. Attendu que, par ordonnance du 13 janvier 1977, parvenue au greffe de la Cour le 18 janvier, l'Amtsgericht de Reutlingen a posé à la Cour, en vertu de l'article 177 du traité CEE, quatre questions relatives à l'interprétation des articles 7 et 48 du traité CEE et de l'article 4 de la directive du Conseil n.º 68/360, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté (JO L 257, p. 13);

2. que ces questions ont été soulevées dans le cadre de poursuites pénales dirigées, sur base de la loi allemande sur les étrangers (Ausländergesetz) du 28 avril 1965 (Bundesgesetzblatt I, 1965, p. 353), contre deux ressortissants italiens et un ressortissant français;

qu'il ressort du dossier que les deux ressortissants italiens ont été frappés d'ordonnances pénales comportant l'application d'une amende pour le fait de résider sur le territoire de la république fédérale d'Allemagne sans être en possession d'un passeport ou d'une carte d'identité en cours de validité et, par voie de conséquence, sans autorisation de séjour valable;

que le ressortissant français, bien que muni d'un passeport en cours de validité, ayant refusé d'accomplir les formalités exigées par les autorités allemandes en vue d'obtenir une autorisation de séjour, a été placé en détention pendant une brève période en vue d'être présenté au juge pénal et est poursuivi pour avoir omis de régulariser sa situation;

3. attendu que la première, la deuxième et la quatrième question se rapportent, en substance, au point de savoir si les États membres sont encore en droit d'appliquer aux personnes protégées par le droit communautaire les dispositions de leur législation générale relatives à l'entrée et au séjour des étrangers et, le cas échéant, les pénalités prévues en cas de violation de ces dispositions;

qu'il est demandé à ce sujet, plus particulièrement,

- si le document spécial de séjour, prévu à l'article 4 de la directive du Conseil n.º 68/360 et qui a un effet déclaratif, peut, pour les étrangers qui tirent des droits des articles 48 et suivants du traité CEE, être assimilé, du point de vue administratif et pénal, à l'autorisation générale de séjour prévue par la loi allemande sur les étrangers, avec cette conséquence qu'à défaut ou en cas d'échéance de la validité de ce document de séjour, ces

étrangers peuvent, en application de l'article 47, paragraphe 1, alinéa 1 ou 2, de la loi allemande sur les étrangers, être condamnés du chef de séjour ou d'entrée sur le territoire sans autorisation de séjour en état de validité au sens de l'article 5 de cette même loi, ou bien s'il y a à cet égard violation du traité CEE;

- s'il a violation du traité CEE lorsqu'un étranger, qui tire directement des droits de l'article 48 du traité CEE et de la directive susmentionnée du Conseil, se voit simplement délivrer une autorisation de séjour au sens de l'article 5 de la loi allemande sur les étrangers, avec les éventuelles conséquences désavantageuses découlant de l'article 47 de cette loi;
- s'il y aurait violation du traité CEE si un étranger qui tire des droits de l'article 48 du traité CEE, qui a déjà été condamné l'année précédente à une amende pour infraction volontaire à la loi allemande sur les étrangers parce qu'il avait séjourné sur le territoire fédéral sans autorisation de séjour, était maintenant, après la date à laquelle ce jugement a acquis force de chose jugée, condamné pour un comportement identique à une peine d'emprisonnement;

4. attendu que le droit des ressortissants d'un État membre d'entrer sur le territoire d'un autre État membre et d'y séjourner, aux fins voulues par le traité, constitue — ainsi que le juge national l'a fait ressortir avec raison — un droit directement conféré par le traité ou, selon le cas, les dispositions prises pour sa mise en oeuvre;

que le droit communautaire n'a cependant pas, pour autant, écarté la compétence des États membres en ce qui concerne les mesures destinées à assurer la connaissance exacte, par les autorités nationales, des mouvements de population affectant leur territoire;

qu'en vue de permettre aux États membres de recueillir ces renseignements, tout en donnant aux personnes intéressées le moyen d'établir leur qualité au regard de l'application des dispositions du traité, les articles 2 à 4 de la directive n.º 68/360 ont prévu deux formalités, à savoir la possession, par les personnes en cause, d'une carte d'identité ou d'un passeport national en cours de validité et la constatation du droit de séjour par la délivrance d'un document dénommé «carte de séjour de ressortissant d'un État membre de la CEE» et comportant la mention dont le libellé est indiqué dans l'annexe à ladite directive;

qu'il appartient aux États membres, en vertu de l'article 189, alinéa 3 du traité, de choisir les formes et moyens appropriés en vue de donner effet, sur leur territoire, aux dispositions de la directive, soit par la mise en vigueur de mesures législatives ou réglementaires spécifiques, soit par l'application de dispositions appropriées de leur législation générale sur la police des étrangers;

que, dans ce cadre, il appartient encore aux États membres d'introduire des sanctions pénales ou d'appliquer celles qui sont prévues dans leur législation générale, en vue d'assurer le respect, sur leur territoire, des formalités prévues par la directive n.º 68/360;

5. que, toutefois, dans le cas où un État membre assure l'exécution de la directive citée sur base de sa législation générale relative au statut des étrangers, il ne serait pas en droit de prendre des mesures, administratives ou judiciaires, qui auraient pour effet de restreindre le plein exercice des droits conférés par le droit communautaire aux ressortissants des autres États membres;

qu'en particulier, serait incompatible avec le droit communautaire l'exigence ou la délivrance d'une autorisation de séjour ayant une portée différente de la constatation du droit de séjour

par la délivrance de la «carte de séjour» spéciale prévue par l'article 4, paragraphe 2, de la directive n.º 68/360;

6. que, dès lors, l'application de sanctions pénales ou d'autres mesures de contrainte est exclue dans la mesure où une personne protégée par les dispositions du droit communautaire ne s'est pas conformée à des prescriptions nationales exigeant, dans le chef d'une telle personne, la possession d'une autorisation de séjour au lieu du document prévu par la directive n.º 68/360, les autorités nationales n'ayant pas le droit de sanctionner la méconnaissance d'une règle incompatible avec le droit communautaire;

qu'en revanche, le droit communautaire ne saurait s'opposer à l'application de mesures de contrainte adéquates se rattachant à l'inobservation, par la personne en cause, de prescriptions nationales adoptées en conformité de la directive n.º 68/360;

7. que les mêmes considérations s'appliquent à la question de savoir si la méconnaissance répétée de prescriptions prises, par un État membre, pour l'exécution de la directive n.º 68/360 peut justifier éventuellement l'aggravation des pénalités applicables;

que si, en soi, une telle aggravation, conforme aux principes généraux du droit pénal, ne saurait soulever des objections du point de vue du droit communautaire, cette considération ne porte pas préjudice à l'obligation du juge d'apprécier si les conditions d'une telle aggravation sont remplies au cas où une condamnation antérieure aurait été prononcée en vertu de dispositions légales dont l'application n'aurait pas été justifiée par le droit communautaire;

qu'en effet, même si l'autorité de la chose jugée ne permet pas d'effacer une telle condamnation antérieure on ne saurait cependant élargir l'effect de celle-ci au point de la considérer comme circonstance aggravante en vue d'une condamnation ultérieure, justifiée au regard du droit communautaire;

8. attendu qu'il y a donc lieu de répondre aux questions posées que la délivrance du document spécial de séjour prévu à l'article 4 de la directive n.º 60/360 n'a qu'un effet déclaratif et qu'elle ne peut pas, pour des étrangers qui tirent des droits de l'article 48 du traité ou des dispositions parallèles de celui-ci, être assimilée à une autorisation de séjour impliquant un pouvoir d'appréciation des autorités nationales, telle qu'elle est prévue pour la généralité des étrangers;

qu'un État membre ne saurait exiger d'une personne protégée par les dispositions du droit communautaire la détention d'une autorisation de séjour au lieu du document prévu par les dispositions combinées de l'article 4, paragraphe 2, et de l'annexe de la directive n.º 68/360, ni frapper de sanctions le défaut de détenir une telle autorisation;

que l'autorité de la chose jugée d'une condamnation antérieure, prononcée sur base de dispositions nationales non conformes aux exigences du droit communautaire, ne saurait justifier une aggravation des pénalités applicables en cas de violation de prescriptions prises par un État membre pour assurer, sur son territoire, l'application de la directive n.º 68/360;

9. attendu que, par la troisième question, il est demandé

s'il y a violation de l'interdiction de discrimination énoncée à l'article 7 du traité CEE ou quelque autre violation du contenu et de l'esprit de ce traité — article 5 du traité CEE — dans le fait qu'un étranger qui, en vertu de l'article 48 du traité CEE ou d'une des dispositions prises

pour son exécution, a ou a initialement eu le droit de séjourner ou d'entrer en république fédérale d'Allemagne aux fins qui sont mentionnées dans ces textes et dont le passeport national ou le document qui en tient lieu, exigé par l'article 3 de la loi allemande sur les étrangers et par l'article 10 de la loi allemande sur l'entrée et le séjour des ressortissants de la CEE, n'est plus valide, peut, d'après l'article 47, paragraphe 1, alinéa 1 ou 2, de la loi allemande sur les étrangers, être condamné, sur le territoire d'application de cette loi, du chef d'un délit, à une peine d'emprisonnement allant jusqu'à un an ou à une amende allant jusqu'à 360 taux journaliers, alors qu'un national, dont la carte d'identité exigée par les lois comparables du Bund et des Länder sur la carte d'identité n'est plus valide, ne peut être condamné, du chef d'une contravention, qu'à une amende (art. 47 de la loi allemande sur les contraventions mais n'est généralement pas poursuivi) qui, en cas de négligence, peut s'élever à 500 DM et, en cas de propos délibéré, à 1000 DM;

10. attendu que cette question vise spécialement l'omission, par une personne ayant le droit de séjourner sur le territoire national en vertu du droit communautaire, de se munir d'un titre d'identité valable;

que cette exigence étant formulée expressément dans la directive n° 68/360, on ne saurait contester, dans son principe, le pouvoir des États membres de sanctionner toute personne qui aurait manqué à cette obligation;

que la juridiction nationale demande cependant, à ce sujet, s'il est compatible avec le droit communautaire, et notamment la règle de non-discrimination de l'article 7 du traité, de soumettre une personne bénéficiant des dispositions du droit communautaire aux sanctions, relativement lourdes, prévues pour une telle infraction dans la législation générale relative à la police des étrangers, alors qu'un ressortissant national, en cas d'infraction à des dispositions comparables de la législation interne, ne serait passible que des peines, considérablement inférieures, prévues pour les simples contraventions;

11. attendu qu'aux termes de l'article 7, alinéa 1, «dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité»;

qu'au regard de la question posée par le juge national, il convient d'attirer l'attention sur le fait que le principe général de l'article 7 ne peut s'appliquer que sous réserve des dispositions particulières prévues par le traité;

que parmi ces dispositions particulières, il faut compter les règlements et directives prévus à l'article 49 pour la réalisation progressive de la libre circulation des travailleurs et, parmi celles-ci, les dispositions de la directive n° 68/360;

que, dans la mesure où cette directive prévoit à charge des ressortissants d'un État membre, entrant ou séjournant sur le territoire d'un autre État membre, des obligations spécifiques — telles que la possession d'un passeport ou d'une carte d'identité —, les personnes ainsi visées ne sauraient être, purement et simplement, assimilées aux nationaux de l'État de séjour;

12. qu'il n'y a dès lors pas d'objection à ce que ces personnes soient soumises à des prescriptions de caractère pénal séparées de celles qui s'appliquent aux nationaux d'un État qui auraient manqué à une éventuelle obligation légale ou réglementaire de se munir de certains titres d'identité;

que cette déduction s'impose d'autant plus que certains parmi les États membres ne connaissent aucune obligation légale de ce genre à charge de leurs propres ressortissants, de manière que, dans ces États, ferait défaut tout critère de comparaison;

qu'à défaut de critère de référence pouvant être, en l'occurrence, basé sur le principe du traitement national énoncé par l'article 7 du traité, il convient cependant de dire que, s'il appartient aux États membres de sanctionner, dans des limites raisonnables, l'obligation imposée aux personnes relevant du droit communautaire d'être munies d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité, en aucun cas de telles sanctions ne sauraient avoir une gravité telle qu'elles deviendraient une entrave à la liberté d'entrée et de séjour prévue par le traité;

qu'à cet égard, on ne peut pas exclure que les pénalités prévues par une législation générale sur la police des étrangers, compte tenu des finalités d'une telle législation, soient inadaptées aux exigences qui se dégagent du droit communautaire, fondé sur la libre circulation des personnes et l'application généralisée, sauf dérogations spécifiques, du principe du traitement national;

qu'à défaut, par un État membre, d'avoir adapté sa législation aux exigences découlant en la matière du droit communautaire, il incombe au juge national de faire usage de la liberté d'appréciation qui lui est réservée en vue d'aboutir à une pénalisation appropriée au caractère et au but des prescriptions communautaires qu'il s'agit de sanctionner;

13. qu'il y a donc lieu de répondre à la question posée qu'il appartient aux autorités nationales de chaque État membre d'appliquer, s'il y a lieu, des sanctions pénales à l'omission, par une personne relevant des prescriptions du droit communautaire, de se munir d'un des titres d'identité visés à l'article 3, paragraphe 1, de la directive n° 68/360, étant entendu cependant que les pénalités appliquées ne sauraient dépasser la mesure de ce qui apparaît proportionné à la nature de l'infraction commise;

Quant aux dépens

14. Attendu que les frais exposés par la Commission des Communautés européennes, qui a soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

que la procédure revêtant le caractère d'un incident soulevé dans les affaires pénales pendantes devant l'Amtsgericht de Reutlingen, il appartient à celui-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par l'Amtsgericht de Reutlingen par ordonnance du 13 janvier 1977, dit pour droit:

- 1) *La délivrance du document spécial de séjour prévu à l'article 4 de la directive du Conseil n.º 68/360, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté n'a qu'un effet déclaratif et elle ne peut pas, pour des étrangers qui tirent des droits de l'article 48 du traité CEE ou des dispositions parallèles de celui-ci, être assim-*

lée à une autorisation de séjour impliquant un pouvoir d'appréciation des autorités nationales, telle qu'elle est prévue pour la généralité des étrangers.

- 2) Un État membre ne saurait exiger d'une personne protégée par les dispositions du droit communautaire la détention d'une autorisation de séjour au lieu du document prévu par les dispositions combinées de l'article 4, paragraphe 2, et de l'annexe de la directive n.º 68/360, ni frapper de sanctions le défaut d'une telle autorisation.*
- 3) L'autorité de la chose jugée d'une condamnation antérieure, prononcée sur la base de dispositions nationales non conformes aux exigences du droit communautaire, ne saurait justifier une aggravation des pénalités applicables en cas de violation de prescriptions prises par un État membre pour assurer, sur son territoire, l'application de la directive n.º 68/360.*
- 4) Il appartient aux autorités nationales de chaque État membre d'appliquer, s'il y a lieu, des sanctions pénales à l'omission, par une personne relevant des prescriptions du droit communautaire, de se munir d'un des titres d'identité visés à l'article 3, paragraphe 1, de la directive n.º 68/360, étant entendu cependant que les pénalités appliquées ne sauraient dépasser la mesure de ce qui apparaît proportionné à la nature de l'infraction commise.*

Processo n.º 11/77

R. H. PATRICK C. MINISTRE DES AFFAIRES CULTURELLES

Acordão de 28 de Junho de 1977

EN DROIT

1. Attendu que, par ordonnance du 3 janvier 1977, enregistrée au greffe de la Cour le 25 janvier 1977, le tribunal administratif de Paris a soumis à la Cour une question d'interprétation des articles 52 à 54 du traité CEE relatifs au droit d'établissement;

2. que cette question a été posée dans le cadre d'un litige opposant le ministre français des affaires culturelles et un ressortissant britannique, titulaire d'un diplôme d'architecte délivré au Royaume-Uni par l'Architectural Association, qui a sollicité au début de l'année 1973 l'autorisation d'exercer la profession d'architecte en France;

3. attendu qu'en vertu de l'article 2, paragraphe 2, alinéa 1, de la loi française du 31 décembre 1940 instituant l'ordre des architectes et réglementant le titre et la profession d'architecte: «les ressortissants des nations étrangères seront autorisés à exercer la profession d'architecte en France dans les conditions de réciprocité fixées par les conventions diplomatiques et sur justification de titres équivalents au diplôme exigé des architectes français»;

4. que selon l'alinéa 3 du même paragraphe: «les étrangers non couverts par les dispositions conventionnelles pourront, à titre exceptionnel, obtenir l'autorisation précitée»;

5. qu'un arrêté ministériel du 22 juin 1964, pris en exécution de cette disposition a considéré comme remplissant les conditions d'équivalence de titres fixées au paragraphe 2 de l'article 2 ci-dessus cité, les titulaires de diplômes délivrés par l'Architectural Association précitée;

6. que par décision du 9 août 1973, l'autorisation sollicitée par l'intéressé lui a été refusée, motif pris de ce que, aux termes de la loi du 31 décembre 1940, cette autorisation revêt toujours un caractère exceptionnel lorsqu'il n'existe pas de convention de réciprocité entre la France et le pays dont le candidat est originaire, et qu'à défaut de convention spécifique ayant cet objet entre États membres de la CEE et en particulier entre la France et le Royaume-Uni, le traité instituant la Communauté économique européenne ne saurait en tenir lieu, les articles 52 à 58 qui visent la liberté d'établissement renvoyant, pour la réalisation de cette liberté, à des directives du Conseil qui n'ont pas encore été édictées;

7. que, saisi du recours en annulation de cette décision, le tribunal administratif de Paris demande à la Cour si «en l'état du droit communautaire à la date du 9 août 1973, un ressortissant britannique était fondé à invoquer à son profit le bénéfice du droit d'établissement pour exercer dans un État membre de la Communauté la profession d'architecte»;

8. attendu qu'aux termes de l'article 52 du traité la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice «dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants»;

9. qu'ainsi que la Cour de justice l'a constaté dans son arrêt du 21 juin 1974 (Reyners, affaire 2-74, Recueil, p. 631) la règle du traitement national constitue l'une des dispositions juridiques fondamentales de la Communauté et, en tant que renvoi à un ensemble de dispositions législatives effectivement appliquées par le pays d'établissement à ses propres nationaux, est, par essence, susceptible d'être invoquée directement par les ressortissants de tous les autres États membres;

10. qu'en fixant, en ce qui concerne les anciens États membres et leurs ressortissants, à la fin de la période de transition la réalisation de la liberté d'établissement, l'article 52 prescrit ainsi une obligation de résultat précise, dont l'exécution devait être facilitée, mais non conditionnée, par la mise en oeuvre d'un programme de mesures progressives;

11. que le fait que cette progressivité n'ait pas été respectée laisse entière l'obligation elle-même au-delà du terme prévu pour son exécution;

12. qu'on ne saurait invoquer à l'encontre de l'effet direct de la règle du traitement national contenue à l'article 52, la circonstance que le Conseil a manqué de prendre les directives prévues par les articles 54 ou 57 ou encore le fait que certaines des directives effectivement prises n'auraient pas pleinement réalisé l'objectif de non-discrimination indiqué par l'article 52;

13. qu'en effet, après l'expiration de la période de transition, les directives prévues par le chapitre relatif au droit d'établissement sont devenues superflues pour la mise en oeuvre de la règle du traitement national, celle-ci étant désormais consacrée, avec effet direct, par le traité lui-même;

14. attendu, en ce qui concerne les nouveaux États membres et leurs ressortissants, qu'à défaut de dispositions transitoires dans le traité d'adhésion du 22 janvier 1972, relatives au droit d'établissement, le principe contenu à l'article 52 déploie tous ses effets à partir de l'entrée en vigueur dudit traité, soit au 1^{er} janvier 1973;

15. qu'ainsi l'exercice du droit au libre établissement ne peut, après le 1^{er} janvier 1973, être subordonné par un État membre à l'égard d'un ressortissant d'un nouvel État membre, à une autorisation exceptionnelle, dans la mesure où le ressortissant remplit les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants;

16. qu'à cet égard, l'exigence légitime, dans les différents États membres, en ce qui concerne la possession de diplômes pour l'accès à certaines professions constitue une entrave à l'exercice effective de la liberté d'établissement dont l'élimination doit, aux termes de l'article 57, paragraphe 1, être facilitée par des directives du Conseil visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres;

17. que, toutefois, la circonstance que ces directives n'ont pas encore été arrêtées n'autorise pas un État membre à refuser le bénéfice effectif de cette liberté à une personne relevant du droit communautaire, lorsque la liberté d'établissement prévue par l'article 52 peut être assurée dans cet État membre en vertu notamment des dispositions législatives et réglementaires déjà en vigueur;

18. qu'il y a donc lieu de répondre à la question posée qu'à partir du 1^{er} janvier 1973, un ressortissant d'un nouvel État membre, justifiant d'un titre reconnu, par les autorités compétentes

de l'État membre d'établissement, équivalant au diplôme délivré et exigé dans cet État, jouit du droit d'accès à la profession d'architecte et d'exercice de celle-ci dans les mêmes conditions que les nationaux de l'État membre *d'établissement*, sans qu'on puisse lui opposer des conditions supplémentaires;

Sur les dépens

19. Attendu que les frais exposés par le gouvernement français et la Commission des Communautés européennes qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet de remboursement;

20. que la procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

statut sur la question à elle soumise par le tribunal administratif de Paris par ordonnance du 3 janvier 1977, dit pour droit:

A partir du 1^{er} janvier 1973, un ressortissant d'un nouvel État membre, justifiant d'un titre reconnu, par les autorités compétentes de l'État membre d'établissement, équivalant au diplôme délivré et exigé dans cet État, jouit du droit d'accès à la profession d'architecte et d'exercice de celle-ci dans les mêmes conditions que les nationaux de l'État membre d'établissement, sans qu'on puisse lui opposer des conditions supplémentaires.

J. KNOORS C. SECRETAIRE D'ETAT AUX AFFAIRES ECONOMIQUES

Acórdão de 7 de Fevereiro de 1979

EN DROIT

1. Attendu que, par ordonnance du 9 mai 1978, parvenue à la Cour le 12 du même mois, le College van Beroep voor het Bedrijfsleven a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, une question préjudicielle relative à l'interprétation de la directive du Conseil 64/427 du 7 juillet 1964, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées de transformation relevant des classes 23-40 CITI [«Classification internationale type, par industrie, de toutes les branches d'activités économiques» des Nations unies] (industrie et artisanat) (JO 1964, p. 1863);

2. attendu qu'il résulte de la décision de renvoi que le requérant au principal, ressortissant néerlandais domicilié en Belgique, a été occupé, au cours d'un séjour prolongé dans cet État membre, comme travailleur salarié dans une entreprise d'installation-plomberie et qu'il a, depuis l'année 1970, exercé dans cet État la profession d'installateur-plombier en qualité de chef d'entreprise indépendant;

3. qu'ayant adressé aux autorités néerlandaises compétentes une demande en vue d'être autorisé à exercer la même profession dans son pays d'origine, il s'est vu opposer un refus en raison de la circonstance qu'il n'est pas en possession des qualifications professionnelles requises par la législation néerlandaise;

4. qu'à cette occasion, les autorités néerlandaises ont signifié à l'intéressé qu'il ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 15, paragraphe 1, c), de la Vestigingswet Bedrijven 1954 (loi d'établissement), aux termes duquel l'autorisation d'exercer certaines professions peut être accordée dès lors que les dispositions d'une directive du Conseil des Communautés européennes en matière d'établissement impliquent l'octroi d'une telle autorisation;

5. qu'il a été précisé à cet égard, dans deux décisions successives du secrétaire d'État néerlandais aux affaires économiques, que le demandeur ne saurait être considéré, en tant que citoyen néerlandais, comme étant bénéficiaire des dispositions de la directive pertinente, selon lesquelles lorsque, dans un État membre, l'accès à certaines activités économiques est subordonné à la possession de qualifications professionnelles déterminées, cet État membre reconnaît comme preuve suffisante de ces qualifications l'exercice effectif dans un autre État membre de l'activité considérée;

6. que, pour sa part, le requérant estime que la directive 64/427 aurait dû amener les autorités néerlandaises à lui accorder l'autorisation sollicitée;

7. qu'en vue de résoudre ce litige, le College van Beroep voor het Bedrijfsleven a formulé la question suivante:

La directive du Conseil 64/427 du 7 juillet 1964, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées de transformation relevant des classes 23-40 CITI (industrie et artisanat), doit-elle être comprise en ce sens que sont également «bénéficiaires», au sens visé à l'article 1, paragraphe 1, de la directive, les personnes possédant exclusivement la nationalité de l'État membre d'accueil et ayant toujours possédé celle-ci?

8. attendu que le domaine d'application personnel de la directive 64/427 doit être déterminé en fonction, d'une part, de l'objet propre de cette directive et, d'autre part, des dispositions qui en forment la base et le cadre, à savoir les programmes généraux pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement du 18 décembre 1961 (JO 1962, p. 32 et 36 respectivement), ainsi que les dispositions afférentes du traité;

9. attendu que la directive 64/427 vise à faciliter la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, dans un large éventail d'activités professionnelles relevant de l'industrie et de l'artisanat, en attendant l'harmonisation des conditions d'accès aux activités en cause dans les différents États membres, préalable indispensable à une libéralisation complète dans ce domaine;

10. que, plus particulièrement, cette directive tient compte des difficultés résultant de la circonstance que, dans certains États membres, il existe, en ce qui concerne les activités en cause, un régime de liberté d'accès et d'exercice, alors que d'autres États membres appliquent des conditions plus ou moins rigoureuses comportant la possession d'un titre de formation professionnelle pour l'admission à certaines professions;

11. qu'en vue de résoudre les problèmes créés par cette disparité, l'article 3 de la directive dispose que, lorsque, dans un État membre, l'accès à l'une des activités visées par la directive ou l'exercice de celle-ci est subordonné à la possession de qualifications déterminées, «cet État membre reconnaît comme preuve suffisante ces connaissances et aptitudes l'exercice effectif dans un autre État membre de l'activité considérée»;

12. que cet article précise, en outre, ce qu'il faut entendre par «exercice effectif» d'une profession, en fixant notamment des durées minimales pendant lesquelles celle-ci doit avoir été pratiquée;

13. qu'en contrepartie, l'article 5 de la même directive règle, en ce qui concerne les États membres où l'accès à l'une des activités mentionnées n'est pas subordonné à la possession de qualifications professionnelles déterminées, la situation des personnes en provenance d'un État membre où de telles qualifications sont requises;

14. que le domaine d'application personnel est déterminé, pour l'essentiel, par l'article 1, paragraphe 1, de la directive, aux termes duquel «les États membres prennent, dans les conditions indiquées ci-après, les mesures transitoires suivantes en ce qui concerne l'établissement sur leur territoire des personnes physique set des sociétés mentionnées au titre I des programmes généraux ainsi qu'en ce qui concerne la prestation de services par ces personnes et sociétés, ci-après dénommées bénéficiaires, dans le secteur des activités non salariées de transformation»;

15. que le programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services désigne, dans le premier tiret de son titre I, comme bénéficiaires les «ressortissants des États membres établis à l'intérieur de la Communauté», sans faire de distinction selon la nationalité ou la résidence des personnes concernées;

16. que la même conception est reprise par le titre I du programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, qui désigne comme bénéficiaires, dans son premier et son troisième tirets, les «ressortissants des États membres», sans distinction de nationalité ou de résidence;

17. qu'on peut donc retenir que la directive 64/427 repose sur une conception large des «bénéficiaires» de ses dispositions, en ce sens que les ressortissants de tous les États membres doivent pouvoir profiter des mesures de libération qu'elle prévoit, dès lors qu'ils relèvent objectivement de l'une des situations envisagées par la directive, sans qu'il soit permis d'établir une différence de traitement en fonction de leur résidence ou de leur nationalité;

18. qu'ainsi, les dispositions de la directive peuvent être invoquées par les ressortissants de tous les États membres se trouvant dans les conditions d'application définies par la directive, et ceci même à l'égard de l'État dont ils sont les nationaux;

19. que cette interprétation se justifie par les exigences découlant de la libre circulation des personnes, de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services garanties par les articles 3, lettre c, 48, 52 et 59 du traité;

20. qu'en effet, ces libertés, fondamentales dans le système de la Communauté, ne seraient pas pleinement réalisées si les États membres pouvaient refuser le bénéfice des dispositions du droit communautaire à ceux de leurs ressortissants qui ont fait usage des facilités existant en matière de circulation et d'établissement et qui ont acquis, à la faveur de celles-ci, les qualifications professionnelles visées par la directive dans un pays membre autre que celui dont ils possèdent la nationalité;

21. attendu que le gouvernement néerlandais fait valoir à l'encontre de cette solution, d'une part, que l'alinéa 1 de l'article 52 prévoit la suppression des «restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre» et, d'autre part, qu'aux termes de l'alinéa 2 du même article, la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement «pour ses propres ressortissants»;

22. qu'il résulterait de ces dispositions que le traité ne considère pas comme bénéficiaires des mesures de libération prévues les ressortissants de l'État d'accueil et que ceux-ci resteraient donc soumis entièrement aux dispositions de leur législation nationale;

23. qu'au surplus, le gouvernement néerlandais attire l'attention sur le danger de voir les ressortissants d'un État membre se soustraire à l'application de leurs prescriptions nationales en matière de formation professionnelle au cas où ils seraient autorisés à invoquer, à l'égard de leurs propres autorités nationales, les facilités créées par la directive;

24. attendu que, s'il est vrai que les dispositions du traité en matière d'établissement et de prestations de services ne sauraient être appliquées à des situations purement internes à un État membre, il n'en reste pas moins que la référence, par l'article 52, aux «ressortissants d'un État membre» désireux de s'établir «dans le territoire d'un autre État membre», ne saurait être interprétée de manière à exclure du bénéfice du droit communautaire les propres ressortissants d'un État membre déterminé, lorsque ceux-ci, par le fait d'avoir résidé régulièrement sur le territoire d'un autre État membre et d'y avoir acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire, se trouvent, à l'égard de leur État d'origine, dans une situation assimilable à celle de tous autres sujets bénéficiant des droits et libertés garantis par le traité;

25. qu'on ne saurait cependant méconnaître l'intérêt légitime qu'un État membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale en matière de formation professionnelle;

26. qu'en l'occurrence, il convient cependant de considérer que, compte tenu de la nature des professions en cause, les conditions précises formulées par l'article 3 de la directive 64/427, en ce qui concerne la durée des périodes d'occupation professionnelle, ont pour effet d'exclure, dans les secteurs envisagés, le risque d'abus signalé par le gouvernement néerlandais;

27. qu'il convient de souligner, au surplus, qu'il est toujours loisible au Conseil d'éliminer, en vertu des pouvoirs que lui donne l'article 57 du traité, la cause d'éventuelles fraudes à la loi, en assurant l'harmonisation des conditions de formation professionnelle dans les différents États membres;

28. attendu qu'il y a donc lieu de répondre à la question posée que la directive du Conseil 64/427 du 7 juillet 1964, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées de transformation relevant des classes 23-40 CITI (industrie et artisanat), doit être comprise en ce sens que sont également «bénéficiaires», au sens de l'article 1, paragraphe 1, de la directive, les personnes possédant la nationalité de l'État membre d'accueil;

Quant aux dépens

29. Attendu que les frais exposés par le gouvernement du Royaume des Pays-Bas et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

30. que la procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant le College van Beroep voor het Bedrijfsleven, il appartient à celui-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs

LA COUR

statuant sur la question à elle soumise par le College van Beroep voor het Bedrijfsleven par ordonnance du 9 mai 1978, dit pour droit:

La directive du Conseil 64/427 du 7 juillet 1964, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées de transformation relevant des classes 23-40 CITI (industrie et artisanat), doit être comprise en ce sens que sont également «bénéficiaires», au sens de l'article 1, paragraphe 1, de la directive, les personnes possédant la nationalité de l'État membre d'accueil.

Processo n.º 30/77

REGINA C. PIERRE BOCHEREAU

Acórdão de 27 de Outubro de 1977

EN DROIT

1. Attendu que, par décision du 20 novembre 1976, parvenue à la Cour le 2 mars 1977, le Marlborough Street Magistrates' Court à Londres a saisi la Cour de justice de trois questions relatives à l'interprétation de l'article 48 du traité et de certaines dispositions de la directive du Conseil 64/221/CEE du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (JO du 4.4. 1964, p. 850);

2. que ces questions sont posées dans le cadre de poursuites engagées contre un ressortissant français exerçant depuis le mois de mai 1975 une activité salariée au Royaume-Uni et qui, en juin 1976, a reconnu être coupable de détention illégale de stupéfiants, infraction punie par la loi de 1971 sur l'abus de stupéfiants (Misuse of Drugs Act);

3. que, le 7 janvier 1976, le prévenu s'était reconnu coupable d'une infraction identique devant une autre juridiction et avait été soumis par celle-ci au régime de liberté conditionnelle (conditional discharge) pour une période de 12 mois;

4. que le Marlborough Street Magistrates' Court, conformément aux prérogatives que lui confère l'article 6 (1) de la loi de 1971 sur l'immigration (Immigration Act) a exprimé l'intention, portée à la connaissance du prévenu, de proposer au secrétaire d'État l'expulsion dudit prévenu, mais que celui-ci a fait valoir que l'article 48 du traité CEE et les dispositions de la directive 64/221 s'opposeraient à ce qu'en l'espèce l'expulsion puisse être proposée;

5. que la juridiction nationale, estimant que le litige soulevait des questions d'interprétation du droit communautaire, a saisi la Cour de justice, conformément à l'article 177 du traité;

Sur la première question

6. Attendu que, par une première question, il est demandé si «une proposition d'expulsion adressée par une juridiction interne d'un État membre à l'autorité d'exécution de cet État — cette proposition ayant un caractère indicatif et ne liant pas l'autorité d'exécution — constitue une «mesure» au sens de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 64/221»;

7. que cette question vise à savoir si une juridiction qui, en vertu de sa législation nationale, est compétente pour proposer à l'autorité administrative l'expulsion d'un ressortissant d'un autre État membre, sans cependant que cette proposition lie ladite autorité, doit, dès ce stade, tenir compte des limitations qui résultent du traité et de la directive 64/221 en ce qui concerne l'exercice des compétences réservées dans ce domaine aux États membres;

8. attendu que, selon les observations présentées par le Royaume-Uni, conformément à l'article 20 du statut de la Cour de justice CEE, la question posée soulève deux problèmes distincts: celui de savoir si un acte d'une juridiction peut être considéré comme une mesure au sens de la directive et, pour le cas d'une réponse affirmative, celui de savoir si une simple proposition faite par une telle juridiction peut constituer une mesure au sens de cette même directive;

a) en ce qui concerne le premier élément

9. attendu que, selon l'article 2 de la directive 64/221, celle-ci concerne les «dispositions» (measures, Vorschriften, provvedimenti, bestemmelser, voorschriften) relatives à l'entrée sur le territoire, à la délivrance, au renouvellement du titre de séjour ou à l'éloignement du territoire qui sont prises par les États membres pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique;

10. que, selon les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 de cette même directive, les «mesures» (measures, Maßnahmen, provvedimenti, forholdsregler, maatregelen) d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet et que la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement les motiver;

11. attendu que le gouvernement du Royaume-Uni, tout en déclarant admettre sans réserve que les paragraphes 1 et 2 de cet article 3 ont un effet direct et engendrent, en faveur des particuliers, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder: «de sorte qu'aucun tribunal d'un État membre n'a la possibilité d'ignorer ces dispositions pour une affaire dont il viendrait à connaître et dans laquelle elles s'appliqueraient», soutient qu'un acte d'une instance juridictionnelle ne saurait constituer une «mesure» (measure) au sens dudit article 3;

12. qu'il fait, à cet égard, valoir que l'identité du terme anglais, en l'occurrence «measures», employé à la fois dans les articles 2 et 3, indiquerait que l'expression utilisée doit avoir, chaque fois, la même signification et qu'il ressortirait du premier considérant de la directive qu'à l'article 2 l'expression ne viserait que les mesures législatives, réglementaires et administratives, à l'exclusion donc de celles émanant d'autorités judiciaires;

13. attendu qu'une comparaison des différentes versions linguistiques des textes en cause révèle que les autres versions, sauf l'italienne, emploient dans les deux articles des termes différents, de sorte qu'on ne saurait tirer de conséquences juridiques de la terminologie employée;

14. que les diverses versions linguistiques d'un texte communautaire doivent être interprétées de façon uniforme et que, dès lors, en cas de divergence entre ces versions, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément;

15. attendu que la directive 64/221, en coordonnant, dans la mesure où ils concernent des ressortissants des autres États membres, les régimes nationaux relatifs à la police des étrangers, vise

à protéger ces ressortissants contre un exercice des pouvoirs résultant de l'exception relative aux limitations justifiées par les raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, qui irait au-delà des nécessités qui constituent la justification d'une exception au principe fondamental de la libre circulation des personnes;

16. qu'il importe qu'aux différents stades du processus menant à une décision éventuelle d'éloignement cette protection puisse être assurée par les juridictions lorsque celles-ci interviennent dans l'élaboration de pareille décision;

17. qu'il s'ensuit que la notion «mesure» comprend l'acte d'une juridiction appelée en vertu de la loi à proposer dans certains cas l'expulsion d'un ressortissant d'un autre État membre;

18. que, dès lors, en formulant cette proposition, cette autorité judiciaire doit assurer l'exacte application de la directive et tenir compte des limites qu'elle impose à l'action des autorités des États membres;

19. que cette constatation rejoint d'ailleurs le point de vue exprimé par le gouvernement du Royaume-Uni selon lequel «il ne suggère pas qu'un tribunal d'un État membre aurait la possibilité d'ignorer les dispositions de l'article 3, paragraphes 1 et 2, pour une quelconque affaire dont il viendrait à connaître... et à laquelle s'appliqueraient ces dispositions» mais admet au contraire «que ces dispositions sont directement applicables et confèrent aux ressortissants des États membres des droits que les tribunaux nationaux doivent sauvegarder»;

b) en ce qui concerne le second élément

20. attendu, en ce qui concerne le second élément de la première question, que le Royaume-Uni fait valoir qu'une simple proposition ne saurait constituer une «mesure» au sens de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 64/221, seule la décision consécutive du secrétaire d'État pouvant avoir ce caractère;

21. attendu que constitue une «mesure» au sens de la directive tout acte affectant le droit des personnes relevant du champ d'application de l'article 48 d'entrer et de séjourner librement dans les États membres sous les mêmes conditions que les nationaux de l'État membre d'accueil;

22. que la proposition, visée par la question de la juridiction nationale, constitue, dans le cadre de la procédure prévue par l'article 3, paragraphe 6, de l'Immigration Act 1971, une étape obligatoire dans le processus d'élaboration d'une éventuelle décision d'expulsion et une condition préalable et nécessaire de pareille décision;

23. qu'elle a, en outre, dans le cadre de cette procédure, pour effet de permettre de priver l'intéressé de sa liberté et constitue en tout cas un élément de justification d'une décision d'expulsion postérieure de l'autorité administrative;

24. que pareille proposition affecte, dès lors, le droit de libre circulation et constitue une mesure au sens de l'article 3 de la directive;

Sur la deuxième question

25. Attendu que, par une deuxième question, il est demandé si «le libellé de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 64/221, à savoir que la «seule» existence de condamnations pénales ne peut «automatiquement» motiver des mesures d'ordre public ou de sécurité publique, signifie que

l'existence de condamnations pénales ne peut être retenue que dans la mesure où ces condamnations témoignent d'une tendance présente ou future à agir d'une manière contraire à l'ordre ou à la sécurité publique» et, à titre subsidiaire «quel est le sens à donner aux termes «la seule existence» et «automatiquement» de l'article 3, paragraphe 2, de la directive CEE 64/221»;

26. que cette question revient, selon les termes de la décision de renvoi, à savoir si, comme le soutenait devant la juridiction nationale le prévenu, «l'existence de condamnations pénales ne peut être retenue que dans la mesure où ces condamnations témoignent d'une tendance présente ou future à agir d'une manière contraire à l'ordre ou à la sécurité publique» ou, au contraire, si, comme le soutenait l'accusation, elle signifie que «si le tribunal ne peut proposer l'expulsion pour des raisons d'ordre public en se basant sur la seule existence d'une condamnation, il est en droit de tenir compte du comportement passé du prévenu qui a été à l'origine de la condamnation»;

27. attendu que les termes du paragraphe 2 de l'article 3 de la directive, selon lequel «la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures» doivent être compris comme exigeant des autorités nationales une appréciation spécifique, portée sous l'angle des intérêts inhérents à la sauvegarde de l'ordre public, qui ne coïncide pas nécessairement avec les appréciations qui ont été à la base de la condamnation pénale;

28. qu'il en résulte que l'existence d'une condamnation pénale ne peut être retenue que dans la mesure où les circonstances qui ont donné lieu à cette condamnation font apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public;

29. que si, en général, la constatation d'une menace de cette nature implique chez l'individu concerné l'existence d'une tendance à maintenir ce comportement à l'avenir, il peut arriver aussi que le seul fait du comportement passé réunisse les conditions de pareille menace pour l'ordre public;

30. qu'il appartient aux autorités et, le cas échéant, aux juridictions nationales d'en juger dans chaque cas d'espèce, compte tenu de la condition juridique particulière des personnes relevant du droit communautaire et du caractère fondamental du principe de la libre circulation des personnes;

Sur la troisième question

31. Attendu que, par la troisième question, il est demandé si le terme ordre public (public policy) utilisé à l'article 48, paragraphe 3, doit être interprété comme incluant les raisons d'État (reasons of State), même lorsqu'il n'y a pas lieu de craindre une atteinte à la paix ou à l'ordre public (breach of the public peace or order) ou dans un sens plus restreint incluant la notion de menace d'une atteinte quelconque à la paix, à l'ordre ou à la sécurité publique (threatened breach of the public peace, order or security) ou au contraire, dans un sens plus large;

32. que, dégagé de ses aspects terminologiques, cette question tend à voir préciser l'interprétation à donner à la notion d'«ordre public» à laquelle se réfère l'article 48;

33. attendu que dans son arrêt du 4 décembre 1974 (affaire 41-74, Van Duyn, Recueil 1974, p. 1351) la Cour a souligné que la notion d'ordre public dans le contexte communautaire et notamment en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des travailleurs doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté;

34. que, dans le même arrêt, il est cependant constaté que les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité et les dispositions prises pour son application;

35. qu'en tant qu'il peut justifier certaines restrictions à la libre circulation des personnes relevant du droit communautaire, le recours par une autorité nationale à la notion de l'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société;

Sur les dépens

36. Attendu que les frais exposés par le gouvernement du Royaume-Uni et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet de remboursement;

37. que la procédure revêtant à l'égard des parties au principal le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur le dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le Marlborough Street Magistrates'Court par ordonnance du 20 novembre 1976, dit pour droit:

- 1) *Constitue une « mesure » au sens de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 64/221 tout acte affectant le droit des personnes relevant du champ d'application de l'article 48 du traité d'entrer et de séjourner librement dans les États membres sous les mêmes conditions que les nationaux de l'État membre d'accueil. Cette notion comprend l'acte d'une juridiction appelée, en vertu de la loi, à proposer, dans certains cas, l'expulsion d'un ressortissant d'un autre État membre, lorsque cette proposition constitue une condition préalable et nécessaire de pareille décision.*
- 2) *L'article 3, paragraphe 2, de la directive 64/221, selon lequel la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver les restrictions à la libre circulation que l'article 48 du traité autorise pour des motifs d'ordre public et de sécurité publique, doit être interprété en ce sens que l'existence de condamnations pénales ne peut être retenue que dans la mesure où les circonstances qui ont donné lieu à ces condamnations font apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public.*
- 3) *En tant qu'il peut justifier certaines restrictions à la libre circulation des personnes relevant du droit communautaire, le recours, par une autorité nationale, à la notion de l'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société.*

Processo n.º 115 e 116/81

R. ADONI C. ETAT BELGE ET VILLE DE LIEGE; D. CORNUAILLE C. ETAT BELGE

Acórdão de 18 de Maio de 1982

EN DROIT

1. Par ordonnances du 8 mai 1981, parvenues à la Cour le 12 mai suivant, le président du tribunal de première instance de Liège, siégeant en référé, a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, une série de questions préjudicielles relatives à l'interprétation des articles 7, 48, paragraphe 3, 56, paragraphe 1, et 66 du traité et de la directive 64/221 du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (JO 1964, p. 850), et notamment ses articles 3, 6, 8 et 9.

2. Ces questions ont été soulevées dans le cadre de litiges opposant à l'État belge les requérantes au principal, de nationalité française, à l'occasion du refus par l'autorité administrative d'une autorisation de séjour sur le territoire belge, refus fondé sur le comportement des intéressées, estimé contraire à l'ordre public en raison de la circonstance qu'elles étaient serveuses dans un bar suspect du point de vue des moeurs.

3. La loi belge du 21 août 1948 supprimant la réglementation officielle de la prostitution interdit le racolage, l'incitation à la débauche, l'exploitation de la prostitution, le fait de tenir une maison de débauche ou de prostitution et l'activité de souteneur. Elle prévoit que des règlements complémentaires peuvent être arrêtés par les conseils communaux, s'ils ont pour objet d'assurer la moralité ou la tranquillité publiques. Le règlement de police de la ville de Liège du 25 mars 1957 et les arrêtés subséquents disposent qu'il est interdit aux personnes qui se livrent à la prostitution de s'exposer à la vue des passants, qu'au lieu de leur activité les portes et fenêtres seront fermées et garnies de façon à ce qu'on ne puisse voir à l'intérieur, et que les mêmes personnes ne pourront se tenir dans la rue à proximité de leur lieu d'établissement.

4. Les questions posées par la juridiction nationale, dont le libellé est, dans les deux affaires, pratiquement identique, sont réparties par le tribunal de renvoi en deux groupes, intitulés respectivement «Quant à la notion d'ordre public» et «Quant aux garanties procédurales». Eu égard à la quasi-identité des questions dans les deux affaires, il convient de joindre celles-ci aux fins de l'arrêt.

I — Sur la notion d'ordre public

Sur les questions 1 à 9, 11 et 12

5. Les questions 1 à 9, 11 et 12 concernent, en substance, le problème de savoir si un État membre peut, en vertu des réserves inscrites aux articles 48 et 56 du traité, éloigner de son territoire le ressortissant d'un autre État membre, ou lui refuser l'accès du territoire en raison d'activités qui, dans le chef de ses propres ressortissants, ne donnent pas lieu à des mesures répressives.

6. Les questions ainsi posées sont motivées par le fait que la prostitution en elle-même n'est pas prohibée par la législation belge, étant entendu que tombent sous le coup de la loi certaines activités accessoires, particulièrement nuisibles du point de vue social, telles que l'exploitation de la prostitution par des tiers et diverses formes d'incitation à la débauche.

7. Les réserves insérées aux articles 48 et 56 du traité permettent aux États membres de prendre, à l'égard des ressortissants d'autres États membres, pour les motifs énoncés par ces dispositions, et notamment ceux justifiés par l'ordre public, des mesures qu'ils ne sauraient appliquer à leurs propres ressortissants, en ce sens qu'ils n'ont pas le pouvoir d'éloigner ces derniers du territoire national ou de leur en interdire l'accès. Si cette différence de traitement, qui porte sur la nature des mesures susceptibles d'être prises, doit donc être admise, il y a lieu toutefois de souligner que, dans un État membre, l'autorité compétente pour prendre ces mesures ne saurait fonder l'exercice de ses pouvoirs sur des appréciations de certains comportements qui auraient pour effet d'opérer une distinction arbitraire à l'encontre de ressortissants d'autres États membres.

8. Il y a lieu de rappeler à ce sujet que le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, comme la Cour l'a constaté dans son arrêt du 27 octobre 1977 (Bouche-reau, affaire 30/77, Recueil p. 1999), l'existence «d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société». Bien que le droit communautaire n'impose pas aux États membres une échelle uniforme des valeurs en ce qui concerne l'appréciation des comportements pouvant être considérés comme contraires à l'ordre public, il y a lieu cependant de constater qu'un comportement ne saurait être considéré comme ayant un degré suffisant de gravité pour justifier des restrictions à l'admission ou au séjour, sur le territoire d'un État membre, d'un ressortissant d'un autre État membre dans le cas où le premier État ne prend pas, à l'égard du même comportement, quand il est le fait de ses propres ressortissants, des mesures répressives ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement.

9. Il y a donc lieu de répondre aux questions 1 à 9, 11 et 12 qu'un État membre ne saurait, en vertu de la réserve relative à l'ordre public inscrite aux articles 48 et 56 du traité, éloigner de son territoire un ressortissant d'un autre État membre ou lui refuser l'accès du territoire en raison d'un comportement qui, dans le chef des ressortissants du premier État membre, ne donne pas lieu à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement.

Sur la 10^e question

10. Par la 10^e question, la juridiction nationale demande si l'action d'un État membre qui, «soucieux d'éliminer de son territoire les prostituées provenant d'un pays déterminé parce qu'elles pourraient être un support pour le banditisme, le fait systématiquement en déclarant leur profession de prostituée comme présentant un danger pour l'ordre public, et sans prendre la peine d'exa-

miner si les intéressées peuvent ou non être suspectées de rapports avec le 'milieu», constitue une mesure de prévention générale au sens de l'article 3 de la directive 64/221.

11. Il y a lieu de rappeler que l'article 3, paragraphe 1, de la directive dispose que les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet. Il suffit de renvoyer à ce sujet à l'arrêt du 26 février 1975 (Bonsignore, affaire 67/74, Recueil p. 297), où la Cour a constaté «que ne sauraient être retenues, à l'égard des ressortissants des États membres de la Communauté, en ce qui concerne les mesures visant à la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité publique, des justifications détachées du cas individuel, ainsi qu'il ressort notamment de l'exigence formulée par le paragraphe 1, aux termes duquel c'est 'exclusivement' le 'comportement personnel' de ceux qui en font l'objet qui doit être déterminant».

Sur la 13^e question

12. En ce qui concerne la possibilité pour une personne qui fait l'objet d'une décision d'éloignement du territoire d'un État membre d'avoir à nouveau accès au territoire de l'État concerné et d'y solliciter un nouveau permis de séjour, il est à souligner que tout ressortissant d'un État membre désireux de chercher un emploi dans un autre État membre peut demander à nouveau un permis de séjour. Une telle demande, lorsqu'elle est présentée après un délai raisonnable, doit être examinée par l'autorité administrative compétente de l'État d'accueil, qui doit tenir compte, en particulier, des moyens avancés par l'intéressé tendant à établir un changement matériel des circonstances qui avaient justifié la première décision d'éloignement. Cependant, lorsqu'il existe à son égard une décision d'éloignement, valablement prise au sens du droit communautaire, qui continue à sortir des effets juridiques de manière à exclure l'intéressé du territoire de l'État concerné, le droit communautaire ne prévoit en sa faveur aucun droit d'accès à ce territoire pendant l'examen de sa nouvelle demande.

Sur la 14^e question

13. L'article 6 de la directive 64/221 prévoit que les raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique qui sont à la base d'une décision le concernant sont portées à la connaissance de l'intéressé, à moins que des motifs intéressant la sûreté de l'État ne s'y opposent. Il ressort de la finalité de la directive que la communication des motifs doit être suffisamment détaillée et précise pour permettre à l'intéressé de défendre ses intérêts. En ce qui concerne la langue à employer, il ressort du dossier que les requérantes au principal sont de nationalité française, et que les décisions à leur égard ont été rédigées en français, de sorte que la pertinence de la question n'est pas évidente. Il suffit, en tout cas, que la notification soit faite dans des conditions permettant à l'intéressé d'en saisir le contenu et l'effet.

II — Sur les questions relatives aux garanties procédurales

14. Ces questions visent essentiellement la composition de «l'autorité compétente» à laquelle il est fait référence à l'article 9 de la directive 64/221, la qualification et la durée du mandat de ses membres, le lien éventuel entre ces membres et l'autorité qui assure leur rémunération, le mode de saisine de l'autorité, et la procédure devant cette autorité.

15. L'article 9, paragraphe 1, de la directive a pour objet d'assurer une garantie procédurale minimale aux personnes frappées d'une mesure d'éloignement. Dans l'hypothèse où les recours juridictionnels contre les actes administratifs ne portent que sur la légalité de la décision, l'intervention de l'autorité compétente doit permettre d'obtenir un examen des faits et circonstance, y compris les éléments d'opportunité justifiant la mesure envisagée, avant que la décision soit définitivement arrêtée. L'intéressé doit pouvoir faire valoir ses moyens de défense devant cette autorité et se faire assister ou représenter dans les conditions de procédure prévues par la législation nationale. Le paragraphe 2 du même article prévoit que les personnes qui font l'objet des décisions de refus de délivrance du premier titre de séjour ainsi que des décisions d'éloignement avant toute délivrance d'un tel titre peuvent demander l'examen de ces décisions par l'autorité compétente.

16. La directive ne précise pas la manière dont est désignée l'autorité compétente visée à son article 9. Elle n'exige pas que cette autorité soit une juridiction ou soit composée de magistrats. Elle n'exige pas non plus que les membres de l'autorité compétente soient désignés pour une période déterminée. L'essentiel est qu'il soit clairement établi que l'autorité exerce ses fonctions en toute indépendance, et qu'elle n'est pas soumise, directement ou indirectement, dans l'exercice de ses fonctions, au contrôle de l'autorité appelée à prendre des mesures prévues par la directive. A condition que cette exigence soit remplie, rien dans les dispositions de la directive, ni dans sa finalité, ne s'oppose à ce que les membres de l'autorité soient rémunérés à la charge du budget établi pour le service de l'administration dont relève l'autorité appelée à prendre des décisions éventuelles, ou que le secrétariat de l'autorité compétente soit assuré par un fonctionnaire appartenant à la même administration.

17. En ce qui concerne la saisine de l'autorité compétente dans le cas visé à l'article 9, paragraphe 2, de la directive, celle-ci ne contient aucune disposition contraignante quant aux modalités de cette saisine. Si elle n'exclut pas la saisine directe de l'autorité par l'intéressé, elle ne l'impose cependant pas et laisse aux États membres un choix à cet égard, du moment que cette saisine est assurée lorsque l'intéressé l'a demandée.

18. En ce qui concerne la forme de l'avis de l'autorité compétente, il résulte des finalités du système prévu par la directive que cet avis doit être dûment notifié à l'intéressé, mais la directive n'exige pas que l'avis identifie nommément les membres de l'autorité ou leur qualité.

19. En ce qui concerne les questions portant sur le déroulement de la procédure devant l'autorité compétente, y compris non seulement les règles procédurales mais aussi les règles de la preuve, il suffit de rappeler, comme il a été indiqué ci-dessus, que la directive 64/221 prévoit expressément dans son article 9, paragraphe 1, que l'intéressé doit pouvoir faire valoir ses moyens de défense devant cette autorité et se faire assister ou représenter dans les conditions de procédure prévues par la législation nationale. Ces conditions ne sauraient être moins favorables à l'intéressé que les conditions applicables devant d'autres instances nationales du même type.

Sur les dépens

20. Les frais exposés par le gouvernement belge, le gouvernement français, le gouvernement italien, le gouvernement néerlandais, le gouvernement britannique et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet de remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le président du tribunal de première instance de Liège, siégeant en référé, par ordonnances du 8 mai 1981, dit pour droit:

- 1) *Un État membre ne saurait, en vertu de la réserve relative à l'ordre public inscrite aux articles 48 et 56 du traité, éloigner de son territoire un ressortissant d'un autre État membre ou lui refuser l'accès du territoire en raison d'un comportement qui, dans le chef des propres ressortissants du premier État, ne donne pas lieu à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement.*
- 2) *Ne sauraient être retenues, à l'égard des ressortissants de la Communauté en ce qui concerne les mesures visant à la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité publique, des justifications détachées du cas individuel.*
- 3) *Tout ressortissant d'un État membre désireux de chercher un emploi dans un autre État membre peut, s'il a fait précédemment l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire de cet État, demander à nouveau un permis de séjour. Une telle demande, lorsqu'elle est présentée après un délai raisonnable, doit être examinée par l'autorité administrative appropriée de l'État d'accueil, qui doit tenir compte, en particulier, des moyens avancés par l'intéressé tendant à établir un changement matériel des circonstances qui avaient justifié la première décision d'éloignement.*
- 4) *La communication des motifs invoqués pour justifier une décision d'éloignement ou de refus de permis de séjour doit être suffisamment détaillée et précise pour permettre à l'intéressé de défendre ses intérêts.*
- 5) *Le droit communautaire n'exige pas que l'autorité compétente visée à l'article 9 de la directive 64/221 soit une juridiction ou soit composée de magistrats, ni que ses membres soient désignés pour une période déterminée. Le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les membres de l'autorité soient rémunérés à la charge du budget établi pour le service de l'administration dont relève l'autorité appelée à prendre des décisions éventuelles ni à ce que le secrétariat de l'autorité compétente soit assuré par un fonctionnaire appartenant à la même administration.*
- 6) *Si la directive 64/221 n'exclut pas la saisine directe de l'autorité compétente par l'intéressé, elle ne l'impose cependant pas et laisse aux États membres un choix à cet égard, du moment que cette saisine est assurée lorsque l'intéressé l'a demandée.*
- 7) *L'avis de l'autorité compétente doit être dûment notifié à l'intéressé.*
- 8) *L'intéressé doit pouvoir faire valoir ses moyens de défense devant l'autorité compétente et se faire assister ou représenter dans les conditions de procédure prévues par la législation nationale. Ces conditions ne sauraient être moins favorables à l'intéressé que les conditions applicables devant d'autres instances nationales du même type.*

**PROTECÇÃO
DOS DIREITOS DO HOMEM**

**APLICAÇÃO
DA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS
DIREITOS DO HOMEM**

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

106.º

FELDBRUGE CONTRA A HOLANDA (¹)

- I. A noção de «direitos e obrigações de carácter civil», para os efeitos do n.º 1 do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não pode determinar-se por simples referência ao direito interno do Estado em causa.

- II. O diferendo entre a Previdência e o beneficiário de prestação social, por seguro de doença, tem a natureza de contestação sobre direitos civis, desde que tal direito, embora derivando directamente da lei, tenha relação com o contrato de trabalho, e o beneficiário haja participado nos encargos sociais, tratando-se, como se trata, de direito pessoal, patrimonial e subjectivo.

DATA DA DECISÃO: 29 de Maio de 1986.

(¹) Cour eur. D. H., série A, n.º 99.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), G. Wiarda, holandês, J. Cremona, maltês, Thór Vilhjálmsson, islandês, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. 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, C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês, A. Spielmann, luxemburguês.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer ⁽²⁾ no sentido de que o art.º 6.º, n.º 1 da Convenção não era aplicável ao caso (8 votos contra 6).

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por 10 votos ⁽³⁾ contra sete ⁽⁴⁾, que o art.º 6.º, § 1.º, da Convenção era aplicável e que fora violado.

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

(3) Dos juízes Wiarda, Cremona, Vilhjálmsson, Ganshof van der Meersch, Gölcüklü, Pinheiro Farinha, Pettiti, Walsh, Russo, Spielmann.

(4) Dos juízes Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Vincent Evans, Bernhardt, Gersing.

107º

DEUMELAND CONTRA A ALEMANHA (º)

- I. O n.º 1 do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não visa apenas as contestações de direito privado em sentido clássico.
- II. O litígio entre a Previdência e o beneficiário da pensão de viuvez enquadra-se, para os fins do n.º 1 do art.º 6.º da Convenção, nas contestações sobre direitos civis, já porque está em causa um direito pessoal, patrimonial e subjectivo do beneficiário, já porque o «falecido» estava ligado por um contrato de trabalho e pelas semelhanças com o seguro regulado no direito comum.
- III. Ultrapassa o «prazo razoável» um processo que dura 10 anos, 7 meses e 3 semanas, em que está em causa o direito a uma pensão a prestar pela Previdência, ainda que o requerente não haja actuado com toda a diligência devida.
- IV. Na aplicação do art.º 50.º da Convenção, o Tribunal apenas examina os pedidos formulados pelo requerente.

DATA DA DECISÃO: 29 de Maio de 1986.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente), R. Ryssdal, norueguês, J. Cremona, maltês, Thór Vilhjalms-son, islandês, Ganshof van der Meersch, belga, D. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco,

(º) Cour eur. D. H., série A, n.º 100.

J. Pinheiro Farinha, português, L.-E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês, A. Spielmann, luxemburguês.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer ⁽⁶⁾ no sentido de o n.º 1 do art.º 6.º da Convenção não ser aplicável ao caso (8 votos contra 6).

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por nove votos ⁽⁷⁾ contra oito ⁽⁸⁾, que o art.º 6.º, n.º 1 da Convenção era aplicável e fora violado no que concerne ao respeito do «prazo razoável»; por unanimidade decidiu que a decisão era, por si, reparação equitativa para os fins do art.º 50.º da Convenção.

⁽⁶⁾ Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio.

⁽⁷⁾ Dos juízes Wiarda, Cremona, Vilhjálmsón, Ganshof van der Meersch, Gölcüklü, Pettiti, Walsh, Russo, Spielmann.

⁽⁸⁾ Do juízes Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Pinheiro Farinha, Vincent Evans, Bernhardt, Gersing.

108º

VAN MARLE E OUTROS CONTRA A HOLANDA ⁽⁹⁾

- I. A contestação, para efeitos da aplicação do n.º 1 do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, deve ser séria, recaindo sobre a própria existência do direito ou sobre o seu conteúdo e modos de exercício, podendo visar matéria de facto ou de direito.
- II. A avaliação de conhecimentos e experiência necessários ao exercício de determinada profissão assemelha-se a exame de tipo escolar ou universitário, daí que as garantias do art.º 6.º da Convenção não sejam aplicáveis aos diferendos nessa matéria.
- III. A «clientela» traduz-se num valor patrimonial, revestindo a natureza de «bem» com o significado do art.º 1.º do Protocolo Adicional à Convenção.

DATA DA DECISÃO: 26 de Junho de 1986.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), W. Ganshof van der Meersch, belga, J. Cremona, maltês, G. Wiarda, holandês, Thór Vilhjálmsson, islandês, D. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, L.-E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, R. MacDonald, canadiano (candidato pelo Lieschtenstein), C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês, A. Spielmann, luxemburguês.

⁽⁹⁾ *Documentação e Direito Comparado*, 22, 260.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer ⁽¹⁰⁾ no sentido de que a Convenção não era aplicável (8 votos contra 4) e de que não fora violado o art.º 1.º do Protocolo n.º 1 (11 votos e uma abstenção).

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu:

- Não ser aplicável ao caso o n.º 1 do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (onze votos ⁽¹¹⁾ contra sete ⁽¹²⁾);
- Ser aplicável ao caso o art.º 1.º do 1.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (dezasseis votos ⁽¹³⁾ contra dois ⁽¹⁴⁾);
- Não ter sido violado o art.º 1.º do 1.º Protocolo Adicional (unanimidade).

⁽¹⁰⁾ Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio.

⁽¹¹⁾ Dos juízes Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Wiarda, Bindschedler-Robert, Lagergren, Gölcüklü, Matscher, Pinheiro Farinha, Walsh, Vincent Evans, Bernhardt.

⁽¹²⁾ Dos juízes Cremona, Vilhjálmsson, Pettiti, Macdonald, Russo, Gersing.

⁽¹³⁾ Dos juízes Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Cremona, Wiarda, Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Lagergren, Gölcüklü, Matscher, Pinheiro Farinha, Pettiti, Walsh, Macdonald, Bernhardt, Spielmann.

⁽¹⁴⁾ Dos juízes Vincent Evans, Gersing.

109.º

LITHGOW E OUTROS CONTRA O REINO UNIDO ⁽¹⁵⁾

- I. A obrigação de indemnizar decorre do art.º 1.º do 1.º Protocolo, sem que importe a «utilidade pública».
- II. Não são invocáveis os princípios gerais do direito internacional na expropriação feita pelo Estado de bens dos seus nacionais.
- III. Quando o Estado visa uma reforma social ou reestruturação económica pode usar de critérios diferentes nas indemnizações aos nacionais e estrangeiros.
- IV. O art.º 1.º do 1.º Protocolo postula, regra geral, uma indemnização proporcional ao valor dos bens. No entanto,
- V. Objectivos legítimos de utilidade pública (v. g. nacionalizações) podem justificar uma indemnização inferior ao valor dos bens.
- VI. Não integram discriminação, prevista no art.º 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, as diferenças de tratamento com justificação objectiva e razoável.
- VII. O art.º 14.º não é aplicável se a lei vigente dá um tratamento diferente do contemplado em leis anteriores.
- VIII. O art.º 6.º da Convenção apenas visa, de uma maneira geral, os direitos e obrigações de natureza civil reconhecidos pelo direito interno.
- IX. Não viola o art.º 6.º a existência de um tribunal com competência para julgar apenas um número restrito de litígios determinados.

⁽¹⁵⁾ *Documentação e Direito Comparado*, 23, 93.

DATA DA DECISÃO: 8 de Julho de 1986.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), W. Ganshof van der Meersch, belga, J. Cremona, maltês, G. Wiarda, holandês, Thór Vilhjálmsson, islandês, D. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, L.-E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, R. MacDonald, canadiano (candidato pelo Lieschtenstein), C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês, A. Spielmann, luxemburguês.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer ⁽¹⁶⁾ no sentido da não violação nem do art.º 1.º do 1.º Protocolo (13 votos contra 3), nem do art.º 14.º da Convenção (15 votos e uma abstenção), nem dos artigos 6.º, 13.º, 17.º e 18.º da Convenção (unanimidade).

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu:

- Não ter havido violação do art.º 1.º do 1.º Protocolo, por não ter sido tomada em conta a evolução das sociedades nacionalizadas desde o anúncio da nacionalização até à sua efectivação (treze votos ⁽¹⁷⁾ contra cinco ⁽¹⁸⁾);

⁽¹⁶⁾ Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio.

⁽¹⁷⁾ Dos juízes Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Cremona, Wiarda, Vilhjálmsson, Lagergren, Matscher, Walsh, Vincent Evans, Macdonald, Russo, Bernardt, Gersing.

⁽¹⁸⁾ Dos juízes Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Pinheiro Farinha, Pettiti, Spielmann.

- Não ter havido violação do mesmo artigo por qualquer dos outros motivos invocados pelos requerentes (17 votos ⁽¹⁹⁾ contra um ⁽²⁰⁾);
- Não ter havido violação do n.º 1 do art.º 6.º da Convenção, pelo facto de não poder um dos requerentes introduzir a questão da indemnização em juízo por si próprio (14 votos ⁽²¹⁾ contra quatro ⁽²²⁾);
- Não ter havido violação do art.º 14.º da Convenção combinado com o art.º 1.º do 1.º Protocolo (unanimidade);
- Não ter havido violação do n.º 1 do art.º 6.º da Convenção por qualquer dos outros motivos invocados pelos requerentes (dezasseis votos ⁽²³⁾ contra dois ⁽²⁴⁾);
- Não ter havido violação do art.º 13.º da Convenção (quinze votos ⁽²⁵⁾ contra três ⁽²⁶⁾, ⁽²⁷⁾).

⁽¹⁹⁾ Dos juízes Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Cremona, Wiarda, Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Lagergren, Gölcüklü, Matscher, Pinheiro Farinha, Walsh, Vincent Evans, Macdonald, Russo, Bernhardt, Gersing, Spielmann.

⁽²⁰⁾ Do juiz Pettiti.

⁽²¹⁾ Dos juízes Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Cremona, Wiarda, Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Lagergren, Gölcüklü, Matscher, Walsh, Vincent Evans, Macdonald, Bernhardt, Gersing.

⁽²²⁾ Dos juízes Pinheiro Farinha, Pettiti, Russo, Spielmann.

⁽²³⁾ Dos juízes Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Cremona, Wiarda, Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Lagergren, Gölcüklü, Matscher, Walsh, Vincent Evans, Macdonald, Russo, Bernhardt, Gersing, Spielmann.

⁽²⁴⁾ Dos juízes Pinheiro Farinha, Pettiti.

⁽²⁵⁾ Dos juízes Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Cremona, Wiarda, Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Lagergren, Gölcüklü, Matscher, Walsh, Vincent Evans, Macdonald, Russo, Bernhardt, Gersing.

⁽²⁶⁾ Dos juízes Pinheiro Farinha, Pettiti, Spielmann.

⁽²⁷⁾ Seguiu-se a numeração de forma a acompanhar a série A das publicações do Tribunal.

BONISCH (art.º 50.º) CONTRA A ÁUSTRIA (28)

- I. Deve ser atribuída satisfação pecuniária, em montante a determinar em juízo de equidade, pelos danos morais do requerente que, com violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (violação constatada em anterior decisão do Tribunal) (29), se viu tratado em julgamento com desigualdade de armas, muito embora a disposição interna de processo penal haja sido anulada pelo tribunal constitucional.
- II. Os honorários dos advogados representantes dos requerentes no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem devem ser de montante razoável, de forma a não constituírem sério obstáculo à eficaz protecção dos direitos do homem.

DATA DA DECISÃO: 2 de Junho de 1986.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês, presidente, Thór Vilhjálmsson, islandês, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, B. Walsh, irlandês, R. Bernhardt, alemão.

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade:
Atribuir ao requerente 700 000 schilings austríacos por danos sofridos;

- Dever ainda a Áustria reembolsar, por despesas e encargos, o requerente com 300 000 schilings, descontando neste montante os 100 000 já pagos pelo Governo.

PINHEIRO FARINHA

(28) Cour eur. D. H., série A, n.º 103.

(29) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Maio de 1985, sumariada em Documentação e Direito Comparado, sob o n.º 98.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO MONNELL E MORRIS CONTRA O REINO UNIDO

- I. O requisito «Em consequência de condenação por tribunal competente» («après condamnation par un tribunal compétent», na versão oficial francesa; «after conviction by a competent court», na versão oficial inglesa), da alínea a) do n.º 1 do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não se refere à ordem cronológica de sucessão entre a «condenação» e a «prisão», sendo necessária a existência de nexo de causalidade.

- II. É compatível com o art.º 6.º da Convenção a não imputação, prevista na lei interna, de certo período de detenção no cumprimento da pena, no caso de recurso manifestamente sem possibilidade de procedência.

- III. A protecção do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não finda com o julgamento em 1.ª instância.

P. F.

En l'affaire Monnell et Morris,

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:

MMR. Ryssdal, *président*,
Thór Vilhjálmsson,
L.-E. Pettiti,
Sir Vincent Evans,
MM. R. MacDonald,
J. Gersing,
A. Spielmann,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 2 juillet 1986 et 30 janvier 1987,

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») puis par le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord («le Gouvernement»), les 11 et 16 juillet 1985 respectivement, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 § 1 et 47 de la Convention. A son origine se trouvent deux requêtes (n.º 9562/81 et 9818/82) dirigées contre le Royaume-Uni et dont deux ressortissants de cet Etat, MM. Brian Arthur Monnell et Neville Morris, avaient saisi la Commission en 1981 et 1982 en vertu de l'article 25.

2. La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration britannique de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour (article 46), la requête du Gouvernement à l'article 48. Elles ont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent ou non un manquement de l'Etat défendeur aux obligations qui découlent des articles 5, 6 et 14 de la Convention.

3. En réponse à l'invitation prescrite à l'article 33 § 3 d) du règlement, chacun des requérants a manifesté le désir de participer à l'instance pendante devant la Cour et désigné son représentant (article 30).

4. La chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit Sir Vincent Evans, juge élu de nationalité britannique (article 43 de la Convention), et M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement). Le 2 octobre 1985, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir M. Thór Vilhjálmsson, M. D. Evrigenis, M. E. García de Enterría, M. L.-E. Pettiti et M. R. Bernhardt, en présence du greffier. Par la suite, MM. R. Macdonald, A. Spielmann et J. Gersing, juges suppléants, ont remplacé respectivement M. Evrigenis, décédé le 27 janvier 1986, M. García de Enterría, dont le mandat de juge avait expiré avant l'ouverture de la procédure orale, et M. Bernhardt, empêché (articles 2 § 3, 22 § 1 et 24 § 1).

5. Ayant assumé la présidence de la chambre (article 21 § 5), M. Ryssdal a consulté par l'intermédiaire du greffier l'agent du Gouvernement, le délégué de la Commission et les conseils des requérants au sujet de la nécessité d'une procédure écrite (article 37 § 1). Conformément aux ordonnances ainsi rendues, le greffe a reçu:

- le 6 décembre 1985, le mémoire du Gouvernement,
- le 10, celui de requérant Brian Arthur Monnell.

Les 12 décembre 1985 et 31 janvier 1986 respectivement, le requérant Neville Morris et le délégué de la Commission ont avisé le greffier qu'ils ne souhaitaient pas s'exprimer par écrit.

6. Par une lettre arrivée le 6 janvier 1986, JUSTICE (section britannique de la Commission internationale de Juristes) a sollicité l'autorisation de présenter des observations écrites en vertu de l'article 37 § 2 du règlement ⁽¹⁾. Le président la lui a accordée le 4 février 1986, en précisant qu'elles devraient

(¹) Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 37.º, n.º 2: «No interesse da boa administração da justiça pode o presidente convidar qualquer Estado contratante não parte na causa a apresentar observações escritas no prazo e sobre os pontos por ele especificados. Do mesmo modo, pode autorizar ou convidar a apresentar observações escritas qualquer interessado além do requerente.»

«se limiter strictement à des points en rapport direct avec les questions à trancher par la Cour» en l'espèce et parvenir eu greffe le 4 avril 1986 au plus tard. Leur dépôt a eu lieu le 3.

7. Le 7 février 1986, le président a fixé au 25 juin 1986 la date d'ouverture de la procédure orale après avoir consulté agent du Gouvernement, délégué de la Commission et représentants des requérants par l'intermédiaire du greffier (article 38 de règlement).

8. Le Gouvernement a produit plusieurs documents les 20 et 24 juin 1986.

9. 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. M. Eaton, juriconsulte, ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth,	<i>agent,</i>
Me. M. Pill, Q.C.,	
Me. A. Moses, avocat,	<i>conseils,</i>
M. R. Venne, Bureau des appels criminels,	<i>conseiller;</i>

— *pour la Commission*

M. H. Danelius,	<i>délégué;</i>
-----------------	-----------------

— *pour les requérants*

M. A. Pendlebury, <i>solicitor</i> (pour M. Monnell),	
M. M. Marlow, <i>solicitor</i> (pour M. Morris)	<i>conseils.</i>

La Cour a entendu en leurs plaidoiries, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, M. Pill pour le Gouvernement, M. Danelius pour la Commission, MM. Pendlebury et Marlow pour les requérants.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

1. *Quant au premier requérant*

10. Le premier requérant, Brian Arthur Monnell, est un ressortissant britannique né en 1945.

Le 4 septembre 1981, à l'issue de trois jours d'audiences, la *Crown Court* d'Exeter le déclara coupable de vol avec effraction (*burglary*) et lui infligea trois ans de prison. Par la même occasion, elle le condamna de surcroît à deux peines de prison de neuf mois chacune, à subir après celle de trois ans mais non cumulées entre elles (soit au total trois ans et neuf mois), pour deux vols avec effraction dont il s'était reconnu coupable devant elle trois jours plus tôt. Pour déterminer les sanctions, le juge eut aussi égard à quatre autres infractions que l'intéressé avait avouées mais qui n'avaient pas donné lieu à des poursuites. M. Monnell était représenté, au titre de l'aide judiciaire, par des *solicitors* et un avocat.

11. Ce dernier l'avisa par écrit, le 29 septembre 1981, qu'un appel contre le verdict ne lui paraissait pas offrir la moindre chance de succès. Il parvenait à une conclusion analogue quant à un appel contre la peine. Il s'agissait, selon lui, d'infractions graves et les biens n'avaient pas été restitués. Son client, au casier judiciaire chargé, avait purgé plusieurs peines de prison pour malhonnêteté. Une nouvelle peine de prison était inévitable, tout comme sa durée.

Passant outre, M. Monnell sollicita l'autorisation d'interjeter appel (*leave to appeal*, «autorisation d'appel») du constat de culpabilité et de la peine. Il signa sa demande le 21 octobre 1981 et le Bureau des appels criminels la reçut le 26. Il s'y plaignait de la non-convocation de certains témoins à décharge; il admettait avoir lu le formulaire AA, délivré à tout détenu qui envisage de saisir le *Cour of Appeal* et ainsi libellé:

«Conseils en matière d'appel

Non-imputation

(...)

Si vous songez à un appel, vous devez prendre conseil. Vos *solici-*

tors et votre avocat en première instance sont le mieux à même de vous assister. S'ils vous disent que des motifs d'appel existent, si l'avocat les expose et les signe, la *Court of Appeal* saura que vous aviez des raisons de présenter une demande. Inutile de le faire en l'absence de motifs, ou d'essayer d'en inventer s'il n'y en a pas. Il faut des raisons — non de simples mots.

Il importe donc d'obtenir des conseils. Si vous n'y parvenez pas et introduisez néanmoins une demande, vous devez indiquer pourquoi (...) avant d'exposer vos propres motifs. Vous pouvez, si vous le souhaitez, prier la *Court of Appeal* de vous aider à recueillir des conseils, mais elle ne vous donnera pas un autre *solicitor* pour la seule raison que votre *solicitor* ou votre avocat vous aurait déconseillé de former appel.

Si vous formulez une demande sans motifs réels, vous risquez d'y perdre. Peut-être ira-t-elle d'abord devant un juge unique qui pourra la rejeter et ordonner la non-imputation, sur votre peine, d'une partie de votre détention postérieure au dépôt de la demande. Si vous renoncez alors, cette durée, mais elle seule, ne serait pas imputée. Si au contraire vous réitériez la demande devant un collège de trois juges, il pourrait ordonner la non-imputation d'une durée plus longue. Dans les deux cas, la libération est retardée.»

12. Mécontent de la manière dont sa défense avait été assurée à son procès, M. Monnell retira leur mandat à ses *solicitors* et, le 4 novembre 1981, en constitua d'autres.

Dans l'intervalle, le Bureau des appels criminels avait écrit aux premiers pour les aviser que leur client avait demandé l'autorisation d'interjeter appel et pour savoir s'ils l'avaient conseillé à ce sujet. Il les avait aussi invités à présenter des observations sur l'allégation, formulée par M. Monnell dans sa demande, selon laquelle un certain individu aurait dû être convoqué comme témoin à son procès. En réponse, ils avaient communiqué au Bureau une copie de l'avis négatif de l'avocat et relaté leurs tentatives pour découvrir les nombreux témoins à décharge que M. Monnell voulait à l'origine voir comparaître. Ils avaient précisé que l'intéressé avait ensuite résolu de ne pas citer la plupart de ceux dont ils avaient retrouvé la trace.

Quant aux nouveaux *solicitors*, ils demandèrent l'aide judiciaire afin, notamment, d'étudier la possibilité d'un recours en révision fondé sur des preu-

ves complémentaires à fournir. En outre, M. Monnell pria la Bureau de appels criminels de différer l'examen de sa requête en autorisation d'interjeter appel, dans l'attente du résultat des recherches entamées par ses nouveaux *solicitors*. Une assistance judiciaire limitée fut accordée.

13. Ladite requête vint devant un juge unique, le juge Brown (paragraphe 23 ci-dessous). Il disposait aussi des renseignements complémentaires fournis par les anciens *solicitors* de M. Monnell et des pièces judiciaires pertinentes (déclarations des témoins, rapports d'enquête sociale et d'expertise psychiatrique, etc.). Il accepta de connaître de la requête, bien que tardive, mais la rejeta en même temps que diverses demandes annexes (aide judiciaire, élargissement sous caution, autorisation d'assister à l'audience et de citer des témoins). Le 2 décembre 1981, il motiva sa décision par écrit en ces termes:

«Le jury vous a déclaré coupable sur la base de preuves abondantes et après un résumé complet et exact du juge. Quant aux nombreux témoins que vous affirmez maintenant vouloir citer, vous n'aviez pas réclamé leur comparution à votre procès. Il n'y a aucune raison de modifier le verdict du jury.

La pleine globale prononcée contre vous n'était ni excessive ni injuste dans son principe.»

14. Le 9 décembre 1981, M. Monnell reprit tous le éléments de la requête rejetée par le juge Brown. Sur le formulaire SJ qu'il utilisa figurait l'avertissement suivant:

«NON-IMPUTATION. Réitérer une requête auprès de la Cour après que le juge l'a repoussée peut entraîner une ordonnance de non-imputation si la Cour estime non fondée la nouvelle requête. Si le juge a déjà décidé la non-imputation d'une certaine période, la Cour pourra décider d'allonger cette dernière.»

15. Après le rejet d'une demande d'aide judiciaire supplémentaire à la fin de janvier 1982, les *solicitors* informèrent M. Monnell qu'ils ne pouvaient mener d'autres recherches pour son compte, qu'ils n'avaient pas abouti à des résultats

concluants et qu'ils n'étaient donc pas en mesure de lui indiquer s'il devait ou non persister.

16. Le 20 mai 1982, la *Court of Appeal* plénière écarta la requête dans son intégralité, jugeant les moyens d'appel «totalement dénués de fondement». Dans son arrêt, rendu par le *Lord Justice Watkins*, elle déclara:

«[M. Monnell] n'avait pas l'ombre d'une raison de saisir la Cour d'une requête en autorisation d'appel du verdict ou de la peine. Dans un avis très réfléchi sur le verdict, son avocat a exprimé l'opinion qu'un appel contre celui-ci n'offrait pas la moindre chance de succès; il a ajouté qu'une nouvelle peine de prison était inévitable, tout comme sa durée. Quand une personne, à la lumière d'un tel avis et manifestement sans avoir aucune raison de contester une condamnation régulièrement prononcée, fait perdre son temps à la Cour, comme l'intéressé, en insistant sur ses requêtes en autorisation d'appel, il est juste de rechercher s'il y a lieu de prolonger la durée de sa détention. Nous avons estimé qu'il en allait bien ainsi.»

En conséquence, la *Court of Appeal* ordonna la non-imputation, sur la peine, de vingt-huit des jours que M. Monnell avait passés en prison dans l'attente de l'examen de sa requête.

2. *Quant au second requérant*

17. Le second requérant, Neville Morris, est un ressortissant britannique né en 1939.

Le 4 août 1980, il comparut devant la *Crown Court* de Reading, accusé avec deux autres personnes d'association de malfaiteurs (*conspiracy*) pour la fourniture d'heroïne pendant une période de deux ans s'étendant jusqu'à février 1980. Le procès s'acheva trois semaines plus tard, le 24, date à laquelle le jury reconnut coupables M. Morris et ses coprévenus. Le premier se vit condamner à trois ans et demi de prison, les deux autres à cinq ans et neuf mois respectivement.

18. M. Morris avait été représenté, au titre de l'aide judiciaire, par un *solicitor* et un avocat. Ce dernier lui conseilla de ne pas demander l'autorisation d'interjeter appel: d'après lui, la *Court of Appeal* ne toucherait probablement pas à l'exercice, par le magistrat de première instance, du pouvoir d'accepter des offres de preuve à charge, car ce juge avait appliqué correctement la droit.

19. M. Morris rédigea néanmoins ses propres moyens d'appel contre le verdict et la peine, après quoi son *solicitor* leur donna «une forme plus compréhensible», les fit dactylographier et signa, au nom de son client, une attestation selon laquelle celui-ci avait lu le formulaire AA, relatif aux conseils en matière d'appel et à la non-imputation (paragraphe 11 ci-dessus). La requête en autorisation d'appel atteignit le Bureau des appels criminels le 22 septembre 1980. Pour dénoncer la faiblesse du constat de culpabilité, le condamné prétendait surtout que des déclarations accablantes avaient été obtenues de lui sous la contrainte, alors qu'il souffrait du manque de stupéfiants. Quant à la peine, sa thèse principale consistait à la taxer d'injuste eu égard au rôle qu'il avait joué dans l'association de malfaiteurs et aux sanctions infligées à ses coprévenus.

Le 2 avril 1981, le Bureau des appels criminels communiqua à M. Morris et à son *solicitor* une copie du compte rendu abrégé des débats du procès. Le 13 avril 1981, M. Morris produisit des moyens supplémentaires à l'appui de son appel, notamment une lettre non signée et non datée, écrite selon lui avant le procès par l'un de ses coaccusés et censée l'innocenter de toute participation à l'infraction.

20. Ces documents, avec toutes les autres pièces pertinentes, furent soumis à un juge unique, le juge Lawson. Le 20 mai 1981, il repoussa la requête en autorisation d'appel ainsi que les demandes annexes (aide judiciaire et autorisation d'assister à l'audience). Dans la décision écrite adressée à M. Morris, il releva que rien ne justifiait l'octroi de l'autorisation d'interjeter appel.

21. M. Morris n'en réitéra pas moins sa requête. La formulaire SJ employé par lui à cette fin — expédié le 12 juin 1981, il arriva au Bureau des appels criminels le 17 — contenait le même avertissement que pour M. Monnell (paragraphe 14 ci-dessus).

22. La *Court of Appeal* plénière, présidée par le *Lord Chief Justice* (Lord Lane C. J.), écarta la requête le 27 octobre 1981. Elle commença par constater l'absence de toute raison d'autoriser un appel contre la déclaration de culpabilité. Quant à la peine, la juridiction de première instance avait eu le loisir d'évaluer la responsabilité morale respective de M. Morris et de ses coaccusés, puis de fixer en conséquence la sanction infligée à l'intéressé. Et la Cour de conclure: «(...) il doit payer le prix pour avoir réitéré cette requête vouée à l'échec. Il perdra 56 jours.» Cinquante-six jours du temps passé en prison par M. Morris dans l'attente du résultat de sa requête en autorisation d'appel ne furent donc pas imputés sur la durée de sa peine.

II. LÉGISLATION ET PRATIQUE INTERNES PERTINENTES

23. Aux termes de l'article 1 § 1 de la loi de 1968 sur les appels criminels (*Criminal Appeal Act 1968*, «la loi de 1968»), une personne convaincue d'une infraction grave (*on indictment*) — comme les deux requérants — peut appeler du verdict devant la *Court of Appeal*. Si l'appel ne porte pas sur une question de pur droit, le condamné doit d'abord obtenir l'autorisation de la *Court of Appeal*, à moins que le juge de première instance n'ait délivré un certificat attestant que l'affaire se prête à un appel (article 1 § 2). Une telle personne peut également attaquer sa peine (s'il ne s'agit pas d'une peine fixée par la loi) devant la *Court of Appeal*, mais là aussi — sous réserve de la même exception — à condition que cette dernière l'y autorise (articles 9 et 11). La requête en autorisation, à présenter sur le formulaire prescrit par le règlement de 1968 sur les appels criminels (*Criminal Appeal Rules 1968*), est d'ordinaire examinée au préalable par un juge unique (articles 31 et 45 § 2).

24. D'après termes de l'article 11 § 1 dudit règlement, le juge unique peut siéger au lieu de son choix et autrement qu'en audience publique. Le système consistant à lui soumettre d'abord pareille requête a pour but essentiel de déterminer les affaires dans lesquelles les moyens d'appel sont sérieux et défendables.

Quand un juge unique refuse l'autorisation, son nom et les motifs de sa décision figurent dans la notification à l'intéressé. Si celui-ci entend persister, il doit en aviser le greffier des appels criminels — en utilisant le formulaire réglementaire — dans les quatorze jours de la notification. L'examen de la requête

se déroule alors en audience publique, devant la *Court of Appeal* plénière (article 31 § 3 de la loi de 1968, qui accorde l'autorisation si l'un quelconque de ses membres se prononce en ce sens (R v. Healey, *Criminal Appeals Reports*, vol. 40, p. 42).

Juge unique et *Court of Appeal* plénière connaissent de la requête, ainsi que des demandes annexes, à la lumière de l'ensemble du dossier et des moyens d'appel, mais en général se passent de plaidoiries. Néanmoins, le requérant peut toujours charger un conseil de comparaître devant eux, à ses frais, pour présenter des observations orales (article 11 § 2 du règlement précité).

25. Il n'existe aucun droit absolu à l'aide judiciaire pour l'examen d'une requête en autorisation d'appel. La grande majorité des personnes poursuivies au pénal devant les *Crown Courts* bénéficient d'une telle aide; elles peuvent en jouir notamment pour consulter un homme de loi sur le point de savoir s'il semble y avoir des motifs raisonnables d'appel et, dans l'affirmative, pour préparer au besoin pareille requête (loi de 1974 sur l'aide judiciaire (*Legal Aid Act 1974*), articles 28 § 7 et 30 § 7). Si toutefois l'avocat du procès de première instance déconseille l'appel, l'ordonnance d'aide judiciaire devient caduque pour les *solicitors* et pour lui. Le greffier des appels criminels, le juge unique et la cour plénière peuvent cependant accorder l'aide judiciaire à un requérant non représenté; ils le peuvent aussi, qu'un avocat ait ou non exposé les moyens d'appel, aux fins d'une consultation et d'une assistance plus amples ou de plaidoiries devant un juge unique ou la cour plénière (articles 28 § 8 et 30 § 8 de la loi de 1974 sur l'aide judiciaire; article 3 § 4 du règlement général de 1968 sur l'aide judiciaire en matière pénale). Si un juge a refusé l'aide judiciaire, le greffier ne peut l'octroyer sauf changement de circonstances (article 3 § 9 du règlement général précité). D'ordinaire, quiconque désire interjeter appel a l'occasion de se procurer un avis et une assistance juridiques quant aux moyens à invoquer, et ce par voie d'aide judiciaire s'il ne peut assumer lui-même la dépense.

26. Un détenu a toujours besoin d'une permission de la cour pour comparaître devant elle quand elle connaît de sa requête en autorisation d'appel (article 22 § 2 b) de la loi de 1968). En pratique, elle ne la lui accorde que dans des cas exceptionnels, et rarement si la procédure se déroule devant un juge unique.

27. Les motifs d'appel contre la déclaration de culpabilité sont limités. La *Court of Appeal* ne réexamine pas les faits de la cause. Elle peut recueillir de nouveaux éléments de preuve, mais il ne suffit pas que l'intéressé affirme en avoir souhaité la production en première instance: il doit convaincre la cour de leur crédibilité, de leur pertinence et de l'existence d'une bonne raison qui a empêché de les fournir à l'époque.

La *Court of Appeal* — juge unique ou cour plénière — ne convoque pas de témoins lorsqu'elle étudie une requête en autorisation d'appel; elle recherche d'abord si les moyens avancés sont de nature à constituer des motifs d'appel, puis s'ils ont un fondement quelconque. Dans l'affirmative elle octroie l'autorisation, tandis qu'elle la refuse si lesdits moyens ne sont pas des motifs légitimes d'appel ou ne méritent pas plus ample discussion ou examen.

Tout condamné qui consulte un homme de loi à propos d'un appel se voit expliquer ces principes fondamentaux. On l'informe aussi qu'un avocat n'a pas le droit de rédiger des moyens indéfendables.

Aux termes de l'article 11 § 3 de la loi de 1968, la *Court of Appeal* statue de telle sorte que l'affaire étant envisagée dans son ensemble, l'appelant ne soit pas plus sévèrement traité en appel qu'en première instance.

28. En droit anglais, un condamné commence à subir une peine d'emprisonnement dès sa condamnation s'il n'y a pas d'appel; on ne le considère pas comme en détention provisoire s'il y en a un. De la durée de la peine, il faut toutefois retrancher le temps passé en détention provisoire.

L'article 29 § 1 de la loi de 1968 précise en outre que la période pendant laquelle un appelant se trouve détenu dans l'attente du résultat de son appel — y compris sa requête en autorisation d'appel — est imputée, sauf décision contraire de la *Court of Appeal*, sur la durée de la peine infligée en première instance. La cour ne peut se prononcer contre l'imputation (article 29 § 2) si elle octroie l'autorisation (paragraphe 23 ci-dessus).

Si elle la refuse, en revanche, rien ne l'empêche d'ordonner que cette période, en tout ou partie, ne viendra pas en déduction de la durée de la peine. Pareille décision peut aussi émaner d'un juge unique (article 31 § 2 h) de la loi de 1968), bien qu'il n'en ait pas été ainsi en l'espèce. Elle doit être motivée et les motifs communiqués au requérant (article 29 §2).

29. Selon le droit en vigueur avant 1966, on n'imputait pas en principe sur la peine la durée de l'examen d'une requête infructueuse en autorisation,

mais le requérant ne «perdait» pas plus de six semaines, sauf décision contraire de la *Court of Appeal*. Celle-ci conservait le pouvoir souverain d'ordonner l'imputation intégrale ou la non-imputation d'une période plus ou moins longue. En pratique elle n'en usait guère, et le détenu perdait donc presque inmanquablement jusqu'à 42 jours par le jeu de la loi.

La règle actuelle remonte à 1966 et figure désormais à l'article 29 de la loi de 1968; elle donne effet aux recommandations qu'une commission interministérielle sur la *Court of Criminal Appeal* (Cour des appels criminels) avait présentées dans un rapport de 1965 (*Command Paper Cmnd 2755*). Cette commission avait suggéré que la Cour se penchât sur la question de la non-imputation au lieu d'appliquer, comme jusque-là, une règle quasi automatique aux dépens de l'appelant. En formulant ses recommandations, elle reconnaissait les risques que l'on courrait si l'on atténuait les obstacles dressés contre des requêtes futiles; elle pensait pourtant que la prérogative, conservée par la cour, de pénaliser les auteurs de demandes entièrement dénuées de fondement servirait de moyen de dissuasion.

30. Néanmoins, en 1969 le nombre des requêtes en autorisation était passé à 9.700 et en mars 1970 il atteignait 1.000 par mois. En pratique, il n'arrivait presque jamais à un juge unique de rendre une ordonnance de non-imputation. Le 17 mars 1970, le *Lord Chief Justice* (Lord Parker C. J.) adopta une directive de procédure (*Practice Direction*) soulignant que le simple volume des demandes entraînait des retards inacceptables pour celles qui étaient fondées. Il proclamait en conséquence que comme presque tous les appelants bénéficiaient de l'aide judiciaire pour les besoins de leurs recours, le juge unique ne devait plus avoir aucune raison de s'abstenir d'ordonner la non-imputation s'il jugeait bon d'exercer son pouvoir au vu de l'ensemble des circonstances de la cause. L'objectif déclaré de la directive consistait à «permettre un examen rapide des affaires sérieuses en décourageant les demandes futiles qui en contrecarraient la marche». Dans les quinze jours qui suivirent, le nombre des requêtes diminua de 50%, pour tomber à environ 500 par mois.

31. Le 14 février 1980, le *Lord Chief Justice* (Lord Widgery C. J.) adopta une nouvelle directive de procédure signalant derechef aux intéressés que cour plénière et juge unique avaient le pouvoir de prescrire la non-imputation (*All England Law Reports* 1980, vol. 1, p. 555). Cette mesure était redevenue néces-

saire car «les appels sérieux [souffraient] de retards importants et croissants à cause du nombre énorme des appels voués à l'échec».

32. Selon le Gouvernement, les appels émanent dans leur grande majorité de condamnés subissant une peine de prison et les ordonnances de non-imputation fixent en pratique une perte maximale de 64 jours.

En 1981, on a enregistré 6.097 requêtes en autorisation d'appel. On ne dispose pas de chiffres précis sur la fréquence des non-imputations, ni sur les durées non imputées. Toutefois, les informations rassemblées par le Bureau des appels criminels montrent que la non-imputation a été prescrite — par des juges uniques ou par la cour plénière — pour 60 à 65 demandes; qu'elle a porté sur une période de 7 à 64 jours; et que dans 75% des cas environ elle se situait à 28 jours (décision la plus courante) ou moins. En 1984, la dernière année pour laquelle on ait des statistiques, 8.262 affaires au total ont été examinées, dont quelque 6.500 par des juges uniques. Le nombre total des affaires figurant au rôle de la cour plénière atteignait 3.800. Il s'agissait tantôt de requêtes renouvelées après leur rejet par un juge unique, tantôt d'appels dûment autorisés ou encore introduits directement devant la cour. 91,39% des demandeurs se trouvaient détenus.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

33. M. Monnell a saisi la Commission le 5 août 1981 (requête n.° 9562/81), M. Morris le 13 mars 1982 (requête n.° 9818/82). Ils prétendaient tous deux que les ordonnances de non-imputation rendues par la *Court of Appeal* avaient entraîné pour eux une privation de liberté contraire à l'article 5 de la Convention, qu'en dépit de l'article 6 on leur avait refusé un procès équitable, faute de les autoriser à assister en personne aux débats de ladite cour ou à s'y faire représenter, et que la procédure de non-imputation enfreint l'article 14 par son caractère discriminatoire. M. Monnell se plaignait aussi d'irrégularités dans la manière dont la police avait mené l'enquête pénale.

34. Le 17 janvier 1984, la Commission a décidé de joindre les deux requêtes afin d'y consacrer une seule audience. Le 20 janvier 1984, elle les a retenues

quant aux griefs communs (relatifs aux ordonnances de non-imputation), mais a déclaré irrecevables les allégations supplémentaires de M. Monnell.

Dans son rapport unique du 11 mars 1985 (article 31), elle estime qu'il y a eu violation des articles 5 § 1 (dix voix contre une) et 6 (neuf voix contre deux) dans le chef des deux requérants, mais qu'il ne s'impose pas de rechercher séparément s'il y a eu méconnaissance de l'article 14 combiné avec l'article 5 (unanimité) ou l'article 6 (sept voix contre quatre). Le texte intégral de son avis et des trois opinions séparées dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt ⁽²⁾.

CONCLUSIONS PRESENTÉES A LA COUR PAR LE GOUVERNEMENT

35. Lors des audiences du 25 juin 1986, le Gouvernement a confirmé en substance les conclusions de son mémoire. Elles invitaient la Cour

«1. à juger et déclarer conformes à l'article 5 § 1 de la Convention les ordonnances décidant la non-imputation, sur les peines infligées aux requérants, de périodes passées par eux en détention dans l'attente du résultat de leur appel;

2. à juger et déclarer que l'article 6 n'exigeait pas la présence des requérants lors des audiences, ni la possibilité pour eux de formuler des arguments distincts en plus de ceux figurant dans leurs moyens d'appel;

3. à juger et déclarer superflu de rechercher séparément s'il y a eu des violations de l'article 14;

4. à juger et déclarer, au cas où il s'imposerait de rechercher séparément s'il y a eu de telles violations, qu'il n'y en a pas eu.»

(2) Omite-se a publicação do Relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLEGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 1

36. Les requérants se prétendent victimes d'une violation de leur droit à la liberté, car les périodes dont la *Court of Appeal* a décidé la non-imputation sur les peines de prison prononcées contre eux en première instance n'entreraient dans aucune des catégories de détention qu'autorise l'article 5 § 1 de la Convention, ainsi libellé:

«Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales:

a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;

b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;

d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;

e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.»

Le Gouvernement n'a cessé de combattre cette thèse, mais la Commission y souscrit dans son rapport.

37. Aux yeux de la Cour, il échet d'examiner d'abord lesdites périodes sous l'angle de l'alinéa a) de l'article 5 § 1, sur le terrain duquel les comparants se placent du reste tous.

38. Il s'agit essentiellement de déterminer si elles ont eu lieu «après condamnation par un tribunal compétent» aus sens de cet alinéa.

39. Chacun des réquerants a sans nul doute fait l'objet d'une «condamnation par un tribunal compétent» (paragrapes 10 et 17 ci-dessus). Le désaccord entre eux et la Commission d'une part, et le Gouvernement de l'autre, porte sur la possibilité de considérer comme subis «après» ces condamnations les jours de détention que la *Court of Appeal* a ultérieurement ordonné de ne pas retrancher de la peine.

40. Selon la jurisprudence de la Cour, dans l'alinéa a) le mot «après» n'implique pas un simple ordre chronologique de succession entre «condamnation» et «détention»: la seconde doit en outre résulter de la première, se produire «à la suite et par suite» — ou «en vertu» — «de celle-ci» (voir, en dernier lieu, l'arrêt *Weeks* de ce jour, série A n.º 114, § 42). En bref, il doit exister entre elles un lien de causalité suffisant (*ibidem*).

41. En Angleterre et au pays de Galles, un condamné commence à subir sa peine d'emprisonnement dès sa condamnation s'il n'y a pas d'appel (paragraphe 28 ci-dessus). Les ordonnances litigieuses se fondaient sur l'article 29 § 1 de la loi de 1968; il habilite la *Court of Appeal* à décider que la période passée par un appelant dans l'attente de l'issue de son appel (y compris sa requête en autorisation d'appel) ne s'imputera pas, en tout ou partie, sur toute peine de prison à laquelle il se trouve assujetti (paragraphe 28 ci-dessus). Estimant que MM. Monnell et Morris avait persisté sans motif dans leurs demandes vouées à l'échec, la *Court of Appeal* plénière a usé de cet article: elle a prescrit contre eux une perte de 28 et 56 jours respectivement (paragrapes 16 et 22 ci-dessus).

42. D'après les requérants, pareille non-imputation entraîne une période supplémentaire d'incarcération, infligée après la condamnation initiale par un tribunal différent pour réprimer non une infraction pénale, mais le dépôt d'une requête indéfendable en autorisation d'appel. Il n'y aurait donc eu aucun lien étroit et direct entre le jugement de première instance et l'ordonnance de non-imputation rendue par la *Court of Appeal*.

Pour le Gouvernement, l'article 29 § 1 permet en somme de décider qu'une personne maintenant une telle requête ne commencera de purger sa peine que quelque temps après le prononcé de celle-ci par la juridiction inférieure. En l'appliquant, la *Court of Appeal* ne frapperait donc pas d'une nouvelle peine une nouvelle infraction et n'augmenterait pas même la durée de celle qu'a fixée la *Crown Court*: elle se bornerait à donner des directives quant aux modalités d'exécution de la condamnation à l'égard de ceux qui s'obstinent à former un appel qu'elle estime futile.

43. Aux yeux de la Cour, on ne saurait ramener une ordonnance de non-imputation à une décision qui précise les conditions d'exécution de la privation de liberté prescrite par le premier juge; elle se traduit par une période d'incarcération en sus de celle qu'il a indiquée. Ainsi que le formulaire AA en avertit les demandeurs potentiels en autorisation d'appel, elle a pour conséquence un élargissement plus tardif (paragraphe 11 et 19 ci-dessus). La *Court of Appeal* elle-même l'a reconnu dans le cas de M. Monnell: elle a conclu qu'il y avait lieu «de prolonger la durée de [la] détention» de celui-ci (paragraphe 16 ci-dessus).

44. Comme le relèvent la Commission et son délégué, la *Court of Appeal* a infligé à MM. Monnell et Morris ladite période supplémentaire de privation de liberté pour des raisons étrangères aux circonstances de l'infraction ou à la personnalité et au casier judiciaire du délinquant, en d'autres termes aux éléments sur lesquels reposaient les jugements de première instance: elle a statué de la sorte dans l'esprit de la politique dissuasive énoncée dans les directives de 1970 et 1980 (paragraphe 30 et 31 ci-dessus), parce que les intéressés avaient persisté dans leurs vaines demandes en autorisation d'appel. Dans son arrêt relatif à M. Morris, elle a déclaré que ce dernier devait «payer» pour avoir réitéré une requête «vouée à l'échec» (paragraphe 22 ci-dessus).

Selon les propres termes de l'article 29 § 1 de la loi de 1968 ce que la *Court of Appeal* peut décider consiste à ordonner la non-imputation d'une

période donnée de détention sur une peine d'emprisonnement que l'appelant est en train de subir (paragraphe 28 ci-dessus).

45. Il n'est déduit cependant pas que les périodes de détention non déduites sortent du cadre du paragraphe 1 a) de l'article 5.

46. Si en soi la non-imputation prescrite par la *Court of Appeal* ne constitue pas, en droit interne, une partie des peines des requérants, elle se trouve néanmoins englobée dans la durée de détention résultant de l'ensemble du processus de fixation de la peine qui suit la reconnaissance de culpabilité. En droit anglais, une condamnation à l'emprisonnement prononcée par la *Crown Court* doit être exécutée sous réserve de toute ordonnance de non-imputation que la *Court of Appeal* pourrait rendre en cas d'échec d'une demande en autorisation d'appel. Le libellé de l'article 29 § 1 de la loi de 1968 est assez large et souple. Toutefois, le pouvoir de décider la non-imputation, tel que la *Court of Appeal* l'exerce en pratique, représente un élément du dispositif de droit anglais destiné à permettre de traiter les appels criminels dans un délai raisonnable et, notamment, de limiter la durée d'incarcération des personnes qui invoquent des moyens sérieux et attendent l'examen de leur recours; cela ressort avec clarté du rapport établi, en 1969, par une commission interministérielle sur la *Court of Criminal Appeal* ainsi que des deux directives de procédure du *Lord Chief Justice* (paragraphe 29, 30 et 31 ci-dessus). En bref, il s'agit d'un pouvoir utilisé pour décourager des saisines abusives de la cour. Il s'intègre donc au processus d'appel criminel consécutif au constat de culpabilité et tend à un but légitime au regard de l'alinéa a) de l'article 5 § 1.

47. On a souligné devant la Cour que d'après le droit de maints Etats contractants, la détention en instance d'appel revêt un caractère provisoire et l'intéressé ne commence à purger sa peine qu'une fois la condamnation devenue définitive. La juridiction d'appel fixe alors elle-même la sanction; dans certains de ces Etats, elle apprécie jusqu'à quel point il y a lieu de ne pas en retrancher la détention subie en instance d'appel (voir par exemple, pour la République fédérale d'Allemagne, l'arrêt *Wemhoff* du 27 juin 1968, série A n.º 7, p. 12, § 15⁽³⁾, et série B n.º 5, pp. 232 et 268). Le délégué de la Commission

(3) Sumariado sob n.º 7, in *Documentação e Direito Comparado*, 3, 203.

estime que de telles législations, contrairement au système anglais attaqué en l'espèce, se concilient avec l'article 5 § 1.

Quant aux conséquences pour le condamné, les deux conceptions se distinguent par la forme et non par le fond. L'alinéa a) de l'article 5 § 1 ne précise pas selon quelles modalités un dispositif judiciaire peut permettre d'ordonner régulièrement la détention d'une personne «après condamnation»; il doit s'interpréter comme laissant aux Etats contractants une certaine latitude en la matière. Les procédures de condamnation peuvent varier d'un Etat contractant à une autre tout en répondant aux exigences de l'article 5 § 1 a). Aux yeux de la Cour, la différence technique et formelle entre celles du Royaume-uni et d'autres parties à la Convention n'est pas de nature à exclure l'application de l'alinéa a) de l'article 5 § 1 en l'occurrence.

48. Tous ces éléments amènent à constater l'existence, aux fins de la privation de liberté qu'autorise l'alinéa a) de l'article 5 § 1, d'un lien suffisant et légitime entre la condamnation de chacun des requérants et la période supplémentaire d'incarcération découlant de l'ordonnance de non-imputation rendue par le *Court of Appeal*. Dans le temps que MM. Monnell et Morris ont passé en prison à ce dernier titre, il faut donc voir une «détention» subie «après condamnation par un tribunal compétent», au sens dudit alinéa.

49. Les requérants semblent avoir avancé par moments que leurs demandes en autorisation d'appel n'étaient en réalité ni vouées à l'échec ni futiles. Il s'agissait là d'une question de jugement, à trancher par la *Court of Appeal* en vertu du pouvoir dont la dotait l'article 29 § 1 de la loi de 1968 (paragraphe 28 ci-dessus). Sauf dans la mesure nécessaire pour contrôler la compatibilité de la privation de liberté litigieuse avec la Convention, la Cour européenne n'a pas à substituer sa propre appréciation des faits à celle des juridictions internes.

50. D'une manière plus générale, les périodes attaquées de perte de liberté n'inspirent pas de doutes relatifs à leur régularité ou au respect des voies légales. D'abord, nul ne conteste que les juridictions compétentes ont bien observé les règles et procédures pertinentes du droit anglais — décrites aux paragraphes 23 à 28 ci-dessus — en décidant la non-imputation. De plus, et nonobstant la thèse contraire des requérants, ces ordonnances privatives de liberté émanaient d'une autorité qualifiée, ont été exécutées par une telle autorité et n'ont pas revêtu un caractère arbitraire.

Il faut en conclure que la privation de liberté incriminée était «régulière» et eut lieu «selon les voies légales», au sens que la jurisprudence de la Cour attribuée à ces termes de l'article 5 § 1 (voir, entre autres, l'arrêt Winterwerp ⁽⁴⁾ du 24 octobre 1979, série A n.º 33, pp. 17-18 et 19-20, §§ 39-40 et 44-46).

51. Partant, il n'y a eu violation de l'article 5 § 1 dans le chef d'aucun des requérants.

II. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 6 §§ 1 ET 3 C)

52. MM. Monnell et Morris prétendent en outre que la procédure suivie à leur sujet devant la *Court of Appeal* a enfreint les paragraphes 1 et 3 c) de l'article 6, ainsi libellés:

«1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...))»

«3. Tout accusé a droit notamment à:
(...)

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;
(...))»

⁽⁴⁾ Sumariado sob n.º 34, in Documentação e Direito Comparado, 9, 52.

53. Les garanties du paragraphe 3 c) constituent des aspects de la notion générale de procès équitable en matière pénale, énoncée au paragraphe 1 (voir notamment l'arrêt Colozza ⁽⁵⁾ du 12 février 1985, série A n° 89, p. 14, § 26). Avec la Commission, la Cour estime approprié d'envisager ensemble les paragraphes 1 et 3 c) eu égard à la nature des griefs des requérants.

A. Applicabilité

54. L'examen des demandes en autorisation d'appel relevait, nul ne le conteste, d'une décision sur le «bien-fondé» d'accusations en matière pénale» dirigées contre MM. Monnell et Morris. L'applicabilité de l'article 6 en l'espèce cadre d'ailleurs avec la jurisprudence de la Cour. Ainsi, l'arrêt Delcourt du 17 janvier 1970 ⁽⁶⁾ a consacré le principe selon lequel la protection de l'article 6 ne cesse pas avec le jugement de première instance (série A n° 11, pp. 14-15, § 25):

«[U]ne accusation pénale n'est pas vraiment '*determined*' aussi longtemps que le verdict d'acquiescement ou de condamnation n'est pas définitif. La procédure pénale forme un tout et doit, normalement, s'achever par une décision exécutoire. (...)

Certes, (...) la Convention n'astreint pas les Etats contractants à créer des cours d'appel ou de cassation. Néanmoins, un Etat qui se dote de juridictions de cette nature a l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6.»

B. Observation

55. Conformément à la pratique usuelle de la *Court of Appeal* (paragraphes 23, 24 et 26 ci-dessus), MM. Donnell et Morris n'ont ni comparu en per-

⁽⁵⁾ Sumariado sob n.º 94, in Documentação e Direito Comparado, 23, 78.

⁽⁶⁾ Sumariado sob n.º 11, in Documentação e Direito Comparado, 4, 271.

sonne, ni été entendus en leurs plaidoiries, lors de l'examen de leurs demandes en autorisation d'appel, qui a conduit aux ordonnances de non-imputation dont ils se plaignent. Selon la Commission, ils ont ainsi été privés d'un «procès équitable» et du droit de se défendre eux-mêmes (voir spécialement le paragraphe 152 du rapport).

56. Les modalités d'application du paragraphe 1 de l'article 6, tout comme du paragraphe 3 c), en appel ou en cassation dépendent des particularités de la procédure dont il s'agit (voir, entre autres, l'arrêt Delcourt précité, série A n.º 11, p. 15, § 26, et l'arrêt Pakelli du 25 avril 1983 (7), série A n.º 64, p. 14, § 29). Il faut prendre en compte l'ensemble du procès qui s'est déroulé dans l'ordre juridique interne et le rôle qu'y a joué la juridiction d'appel ou de cassation (arrêt Sutter du 22 février 1984 (8), série A n.º 74, § 28, avec les références). Comme la Commission le dit dans son rapport (paragraphe 130 et 131), pour contrôler le respect des exigences de l'article 6 en l'espèce on doit étudier des questions telles que la nature de la procédure d'autorisation d'appel et son importance dans le cadre global du procès pénal, l'étendue des pouvoirs de la *Court of Appeal* et la manière dont les intérêts des deux requérants ont été réellement exposés et protégés devant elle.

57. Quand elle connaît d'une requête en autorisation d'appel, la *Court of Appeal* ne reconsidère pas les faits de la cause et ne convoque aucun témoin, même parmi les moyens soulevés figurent des points de fait et non de pur droit (paragraphe 23 et 27 ci-dessus). Elle a pour tâche de déterminer si le demandeur a établi l'existence de motifs défendables qui justifieraient l'examen d'un appel. Elle accorde l'autorisation si les moyens avancés constituent en droit des motifs légitimes d'appel et méritent plus ample discussion ou réflexion, sans quoi elle la refuse (paragraphe 27 ci-dessus).

58. Comme la Cour l'a déclaré dans son arrêt Colozza du 12 février 1985, quoique dans un contexte différent, le paragraphe 1 de l'article 6 veut en principe que l'accusé ait la faculté de prendre part à l'audience (série A n.º 89,

(7) Publicado, in Documentação e Direito Comparado, 12, 121.

(8) Sumariado sob n.º 77, in Documentação e Direito Comparado, 20, 33.

p. 14, § 27). Or en première instance, devant la *Crown Court*, chacun des requérants a bénéficié sans conteste d'un procès équitable qui remplissait cette condition. De portée limitée, la question ultérieure de l'octroi de l'autorisation d'appel ne commandait pas en soi des débats publics ni la comparution personnelle des deux hommes devant la *Court of Appeal* (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Axen ⁽⁹⁾ du 8 décembre 1983, série A n° 72, pp. 12-13, § 28, et l'arrêt Sutter précité, série A n° 74, p. 13, § 30).

Pourtant, la *Court of Appeal* n'a pas seulement refusé à MM. Monnell et Morris l'autorisation d'appel: en vertu de l'article 29 § 1 de la loi de 1968, elle leur a aussi imposé une période supplémentaire d'emprisonnement par le jeu de la non-imputation. Il y a donc lieu de rechercher si MM. Monnell et Morris, à ce stade de l'examen des accusations pénales dirigées contre eux, ont joui d'une procédure équitable et d'une défense effective de leurs intérêts.

59. Le pouvoir d'ordonner la non-imputation, le présent arrêt l'a déjà relevé (paragraphe 46 ci-dessus), doit servir en pratique à décourager les requêtes manifestement mal fondées en autorisation d'appel qui, sans cela, freineraient de manière inacceptable le traitement des recours défendables.

L'article 6 § 1 lui-même exige que les affaires pénales soient entendues «dans un délai raisonnable». Partant, l'application de l'article 29 § 1 de la loi de 1968 tend à n'en pas douter à un but légitime, conforme à l'intérêt d'une bonne administration de la justice aux fins de l'article 6 de la Convention.

60. Tout en reconnaissant l'opportunité de l'objectif poursuivi, la Commission estime que comme MM. Monnell et Morris couraient le risque d'une perte de liberté importante — huit mois pour le premier, quatorze pour le second —, il fallait leur offrir la possibilité de s'exprimer de vive voix au cours de la procédure litigieuse.

Les requérants se rallient à cette thèse. Ils soutiennent en particulier que l'article 6 § 3 c) leur donnait le droit d'assister à l'audience pour se défendre, en personne ou avec l'aide d'un défenseur de leur choix, ce qui leur eût permis de plaider contre une prolongation de leur privation de liberté; pour cela, on aurait dû les avertir à temps des intentions de la *Court of Appeal*.

⁽⁹⁾ Sumariado sob n.º 77, in *Documentação e Direito Comparado*, 17, 59.

Selon le Gouvernement, pour l'exercice du pouvoir de cette dernière l'équité ne commandait pas la comparution des requérants ni la présentation en leur nom d'arguments oraux en faveur de l'imputation.

61. Bien que l'article 29 § 1 de la loi de 1968 ne le précise pas, à l'origine de la non-imputation ordonnée à l'encontre de MM. Monnell et Morris se trouvait le défaut de fondement de leurs requêtes en autorisation d'appel (paragraphe 16 et 22 ci-dessus), conformément à la politique et à la pratique officielles de la *Court of Appeal* (paragraphe 29-31 et 44 ci-dessus). Celle-ci n'avait pas besoin de leur présence physique pour trancher une telle question en vue de pareille décision (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Sanchez-Reisse du 21 octobre 1986, série A n.º 107, p. 19, § 51).

Aux yeux de la Cour, l'article 6 exigeait que MM. Monnell et Morris jouissent, selon des modalités appropriées, d'une procédure équitable leur fournissant l'occasion d'exposer de manière efficace et suffisante leurs moyens contre l'exercice éventuel, à leur détriment, du pouvoir prévu à l'article 29 § 1 de la loi de 1968. Il y a lieu de rechercher si la procédure suivie a rempli cette condition.

62. Tout d'abord, le principe de l'égalité des armes, inhérent à la notion d'équité consacrée par l'article 6 § 1 (arrêt Delcourt précité, série A n.º 11, p. 15, § 28), a été respecté car juge unique et *Court of Appeal* plénière n'ont pas plus entendu l'accusation que les deux intéressés.

Il ne constitue pourtant «qu'un aspect de la notion plus large de procès équitable» en matière pénale; spécialement, «même en l'absence de partie poursuivante (...) un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse» (*ibidem*, pp. 15 et 18, §§ 28 et 34).

63. A ce propos, il faut noter que MM. Monnell et Morris ont bénéficié, au titre de l'aide judiciaire, de consultations juridiques gratuites au sujet de leur appel (paragraphe 25 ci-dessus). L'avocat qui les avait représentés en première instance leur a signalé l'absence de chances raisonnables de réussite, mais ils ont passé outre et persisté dans leurs demandes en autorisation d'appel (paragraphe 11, 18 et 19 ci-dessus).

64. Ils savaient aussi tous deux que faute de motifs d'appel sérieux, ils courraient le risque d'une non-imputation s'ils introduisaient et réitéraient de telles demandes. Les formulaires AA et SJ les en prévenaient (paragraphe 11, 14, 19 et 21 ci-dessus). Néanmoins, et bien que le juge unique leur eût refusé l'autorisation, ils l'ont sollicitée derechef devant la *Court of Appeal* plénière sur la même base qu'à l'origine.

65. Quant au mode de présentation de leur thèse, MM. Monnell et Morris pouvaient, comme chacun en pareil cas, invoquer des moyens d'appel par écrit puisque les requêtes en autorisation doivent être consignées puis renouvelées sur des formulaires officiels (paragraphe 11, 14, 19 et 21 ci-dessus).

La *Court of Appeal* a certes rejeté, comme elle en avait la faculté, leur demande accessoire de comparution devant elle (paragraphe 13, 14, 16, 20, 21, 22 et 26 ci-dessus), ce qui les a empêchés de s'exprimer eux-mêmes de vive voix avant d'être pénalisés par une perte de liberté supplémentaire.

On ne voit pourtant pas pourquoi leurs observations écrites n'auraient pas renfermé des considérations relatives à l'exercice du pouvoir d'ordonner la non-imputation, eu égard en particulier aux avertissements figurant dans les formulaires AA et SJ sur l'importance des conseils juridiques et les conséquences du maintien d'une demande dépourvue de sérieux. De fait, ils n'auront pas manqué d'inclure dans leurs moyens d'appel des arguments concernant la question de la vanité de leurs requêtes.

Lors de l'examen de ces dernières, juge unique et *Court of Appeal* plénière disposaient, comme à l'accoutumée, de tous les documents utiles y compris les moyens d'appel, une transcription des débats de première instance et, pour M. Monnell, les rapports d'enquête sociale et d'expertise psychiatrique (paragraphe 13, 16, 20, 22 et 24 ci-dessus).

66. Quoi qu'il en soit, MM. Monnell et Morris avaient le droit, comme tout demandeur en autorisation d'appel, de charger un avocat de comparaître et plaider en leur nom devant le juge unique et la *Court of Appeal* plénière (paragraphe 24 *in fine* ci-dessus).

67. On peut présumer que ni l'un ni l'autre ne pouvaient en rémunérer un ex-mêmes. Quant à l'aide judiciaire gratuite, elle ne leur était pas automatiquement ouverte en droit anglais pour la rédaction de leurs moyens d'appel

ou pour le ministère d'un défenseur à l'audience (paragraphe 25 ci-dessus). De son côté, le paragraphe 3 c) de l'article 6 ne leur garantissait le droit à une telle aide que dans la mesure où les intérêts de la justice l'exigeaient. Or ceux-ci ne sauraient aller jusqu'à en commander l'octroi toutes les fois qu'un condamné, n'ayant aucune chance objective de succès, souhaite relever appel après avoir obtenu en première instance un procès équitable comme le veut l'article 6. Les requérants, il échet de le noter, ont bénéficié de l'aide judiciaire gratuite devant la *Crown Court* puis pour les consultations relatives au point de savoir s'ils avaient des motifs sérieux de recours (paragrapes 10, 11 et 18 ci-dessus). Selon la Cour, l'équité n'imposait pas de recueillir une argumentation orale présentée pour leur compte, en sus de leurs observations écrites et des pièces déjà produites devant la *Court of Appeal*, avant de décider d'appliquer ou non l'article 29 § 1 de la loi de 1968.

68. En résumé, la faculté de formuler par écrit les considérations pertinentes répondait, dans les circonstances de la cause, aux intérêts de la justice et à l'équité.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour n'oublie pas non plus que l'exercice du pouvoir prévu à l'article 29 § 1 de la loi de 1968 entraîne en pratique la perte d'environ deux mois au maximum, et non de l'intégralité de la période passée en prison entre le verdict de culpabilité et la décision de la *Court of Appeal* (paragraphe 32 ci-dessus). Certes, et les avocats des requérants l'ont souligné devant la Cour, cette restriction de fait n'est pas signalé aux demandeurs potentiels en autorisation d'appel, mais tout bien considéré il ne s'agit pas là d'une lacune décisive en l'espèce.

69. Enfin, la Cour n'a pas lieu de douter que la décision refusant aux requérants l'autorisation d'appel et, de plus, prononçant la non-imputation s'appuyât sur une appréciation complète et attentive des éléments appropriés.

70. Eu égard aux particularités du contexte dans lequel a joué le pouvoir d'ordonner la non-imputation et aux circonstances de la cause, la Cour constate que ni M. Monnell ni M. Morris ne se sont vu dénier le procès équitable garanti par les paragraphes 1 et 3 c) de l'article 6. Il n'y a donc eu violation d'aucun de ces textes.

III. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 14 COMBINE AVEC LES ARTICLES 5 ET 6

71. Les requérants se prétendent victimes, dans la jouissance des droits définis aux articles 5 et 6, d'une discrimination contraire à l'article 14, ainsi libellé:

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

A. Article 14 combiné avec l'article 5

72. Aux termes de l'article 29 § 1 de la loi de 1968, MM. Monnell et Morris encouraient en qualité de détenus condamnés — et son subi — une privation de liberté s'ajoutant aux peines infligées en première instance, du moment qu'ils sollicitaient l'autorisation d'interjeter appel. Les condamnés non incarcérés, eux, ne s'exposent pas à un tel risque, si peu sérieuse que puisse être pareille demande au cas où ils en introduisent une. D'après les requérants, il en résulte un traitement discriminatoire.

73. Tel que l'exerce la *Court of Appeal*, le pouvoir d'ordonner la non-imputation a pour but d'accélérer l'examen des demandes et d'abrégé ainsi l'emprisonnement de l'auteur d'un appel défendable (paragraphes 46 et 59 ci-dessus). Or la grande majorité des demandes en autorisation émanent de détenus (paragraphe 32 ci-dessus). Partant, et à supposer même que la situation de MM. Monnell et Morris pût se comparer au sort de condamnés en liberté — ce que le Gouvernement conteste —, la distinction litigieuse trouvait, aux yeux de la Cour, une justification objective et raisonnable (voir, entre autres,

l'arrêt du 23 juillet 1968 ⁽¹⁰⁾ en l'affaire «linguistique belge», série A n.º 6, p. 34, § 10, et l'arrêt Marckx ⁽¹¹⁾ du 13 juin 1979, série A n.º 31, pp. 15-16, § 32).

B. Article 14 combiné avec l'article 6

74. Les requérants allèguent une seconde discrimination du fait que nulle menace de sanction, telle une perte de liberté, ne dissuade un condamné non détenu de persister dans une demande en autorisation d'appel.

75. Dans la mesure où l'éventualité d'une non-imputation peut, en pratique, entraver l'accès à la *Court of Appeal* des seuls condamnés détenus, il existait bien, nonobstant la thèse contraire du Gouvernement, une différence de traitement aux fins de l'article 14. Pour les raisons déjà indiquées au paragraphe 73 ci-dessus, toutefois, elle se fondait sur une justification objective et raisonnable.

C. Conclusion

76. Il n'y a donc pas eu méconnaissance de l'article 14 dans la jouissance, par les requérants, du droit à la liberté ni du droit à un tribunal, garantis par les articles 5 et 6.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 1;
2. *Dit*, par six voix contre une, que l'article 6 s'appliquait en l'espèce;

⁽¹⁰⁾ Sumariado sob n.º 6, in Documentação e Direito Comparado, 3, 281.

⁽¹¹⁾ Sumariado sob n.º 32, in Documentação e Direito Comparado, 9, 45.

3. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu méconnaissance du paragraphe 1 ou du paragraphe 3 c) de cet article;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu infraction à l'article 14, combiné avec les articles 5 ou 6.

Rendu en français et en anglais, et prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le 2 mars 1987.

Rolv RYSSDAL
Président

Marc-André EISSEN
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 § 2 de la Convention et 52 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes:

- opinion dissidente de MM. Pettiti et Spielmann;
- opinion séparée de M. Gersing.

R. R.

M.-A. E.

(12) Publicado, *in* Documentação e Direito Comparado, 13, 191.

(13) Sumariado sob n.º 36, *in* Documentação e Direito Comparado, 10, 91.

**OPINION DISSIDENTE COMMUNE
A MM. LES JUGES PETTITI ET SPIELMANN**

I. Article 5 § 1 de la Convention

Nous séparant de la majorité, nous avons voté pour la violation de l'article 5 § 1 de la Convention.

A juste titre, la Cour a admis que les formes possibles de dispositifs judiciaires permettant d'ordonner la détention d'une personne après condamnation ne sont pas de nature à exclure l'applicabilité de l'article 5 § 1 a).

Mais, selon nous, c'est à tort que, dans les cas d'espèce, la majorité de la Cour a conclu à la non-violation de ladite disposition.

D'une *manière générale*, il est déjà significatif de devoir constater que la très grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe ne connaissent pas de système de non-imputation de la détention préventive, similaire à celui soumis à l'appréciation de la Cour.

En effet, ledit système, régi par une loi de 1968, prévoit que, s'il y a rejet d'une demande d'autorisation d'appel, la partie de la détention postérieure à la notification de cette demande peut, en tout ou en partie, n'être pas imputée sur la peine prononcée. Il en va de même en cas de réitération de la demande devant un collège de trois juges qui, de surcroît, peut ordonner une non-imputation d'une durée plus longue encore.

Il s'ensuit que la libération de l'intéressé sera retardée d'autant.

Sur le plan purement humain, on pourrait déjà d'interroger sur le bien-fondé d'une institution qui subordonne à une autorisation le recours à un double degré de juridiction, en l'assortissant de sanctions en cas de refus.

Mais *en particulier*, et puisque tel est toujours le système dans l'Etat défendeur, la Cour avait à rechercher, dans les cas d'espèce, si une telle institution est compatible avec les dispositions de la Convention.

Le Gouvernement a soutenu que la *Court of Appeal* se contente de donner des directives quant aux modalités de l'exécution des peines de ceux qui persistent à former un appel qu'elle, la cour, a considéré comme futile.

Nous ne pouvons partager un tel raisonnement.

Mais même si l'on admettait, en son principe, le système de non-imputation, toujours est-il qu'il devrait être accompagné d'un certain nombre de garanties élémentaires.

Nous sommes d'avis que la législation incriminée peut être taxée de contraire à l'article 5.

Ainsi, la non-imputation peut correspondre à tout le délai de détention séparant la condamnation du rejet de la demande d'autorisation d'appel.

A l'intérieur de cette période, la juridiction compétente décide sans critères fixes et sans motivation objective.

Dans les deux cas soumis à la Cour, le risque encouru était de huit et de quatorze mois.

La décision de non-imputation était de vingt-huit et de cinquante-six jours.

Apparemment, en pratique, la moyenne du temps de non-imputation serait de soixante-quatre jours.

Ce qui est plus grave, c'est que le risque théorique à encourir par le condamné est tel qu'il est de nature à dissuader de relever appel même le condamné innocent, ou se croyant innocent.

Em effet, et le Gouvernement l'a reconnu, le système incriminé *est utilisé* pour *dissuader* les condamnés détenus d'interjeter appel, et ceci pour ne pas «inutilement» accroître le travail des juridictions concernées.

Nous sommes d'avis qu'il est inconcevable qu'un système de peine privative de liberté soit tributaire des exigences de la gestion judiciaire (manque de juges, manque de personnel, etc.).

Une telle déviation risque, à court ou à moyen terme, de transformer la personne détenue, ou le justiciable tout court, en un instrument d'une politique criminelle sujette à des variations politiques dans l'appréciation de ce que doit être, ou devrait être, «l'administration de la justice».

Dans ces conditions, nous nous rallions à l'avis de l'écrasante majorité de la Commission (dix voix contre une), suivant lequel il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention.

En effet, tout comme l'a relevé la Commission (§ 122 de son rapport), nous estimons que les périodes non imputées sur la durée des peines infligées aux requérants ne peuvent pas être considérées comme faisant partie de leur détention *après* condamnation. Les termes mêmes des ordonnances de non-imputation excluent précisément une telle hypothèse.

C'est à juste titre que la majorité de la Commission a relevé: «(...) compte tenu du but dans lequel les ordonnances de non-imputation ont été rendues, but qui était *sans rapport aucun* avec les peines initialement infligées aux requérants ou avec les infractions dont ils avaient été reconnus coupables.»

Selon nous, les périodes de détention dont il fut décidé qu'elles ne seraient pas imputées sur la durée de la peine encourue par les requérants, ne peuvent pas être considérées comme des détentions relevant de l'article 5 § 1 de la Convention.

II. Article 6 de la Convention

La Cour a constaté, d'après nous à tort, qu'il a pas eu violation de l'article 6 de la Convention.

En effet, même si l'on admettait que le système incriminé fût compatible avec les exigences inscrites à l'article 5 de la Convention, il n'en resterait pas moins que la peine de privation de liberté supplémentaire infligée aux deux requérants est la conséquence du refus d'autorisation de relever appel.

Dans ces conditions, nous estimons que le principe du «procès équitable» aurait exigé que les requérants fussent entendus par les juridictions compétentes, et ceci pour leur permettre d'exposer en personne leurs arguments.

Peut-on sérieusement admettre qu'une motivation écrite du demandeur — écrite dans le vase clos d'une prison — puisse suffire à répondre aux exigences de l'article 6?

L'importance d'une peine de privation de liberté supplémentaire à risquer s'oppose à un tel argument.

N'est-il pas vrai que les exigences à cet égard, rappelées dans l'arrêt Öztürk — où il ne s'agissait que d'une simple amende —, devraient se retrouver lorsqu'il s'agit de plusieurs mois de prison?

Conformément à l'avis de la majorité de la Commission (§ 152 du rapport), nous estimons que «l'absence des requérants lors de l'examen de leurs demandes d'autorisation d'interjeter appel, qui a comporté l'adoption d'ordonnances de non-imputation sur la durée de leur peine, les a privés, d'une part, du droit à un 'procès équitable' pour décider du bien-fondé des accusations en matière pénale dirigées contre eux, garanti par l'article 6 § 1, et, d'autre part, du droit de se défendre en personne, garanti par l'article 6 § 3 c) de la Convention».

Nous sommes d'avis que quand il y a va de la liberté individuelle de l'homme, il est nécessaire que les décisions soient prises *en présence de l'intéressé* et au cours d'un débat pleinement contradictoire.

OPINION SEPARÉE DE M. LE JUGE GERSING

(traduction)

J'ai voté avec la majorité de la Cour pour la non-violation de l'article 5 § 1 et je souscris entièrement aux motifs de l'arrêt à cet égard.

Je ne puis en revanche, et je le regrette, suivre la majorité sur l'applicabilité de l'article 6.

Certes nul ne l'a contestée, mais la Cour ne se trouve pas pour autant dispensée d'examiner ce point de droit. Au paragraphe 54 de l'arrêt, la majorité semble admettre implicitement ce principe, bien établi dans la jurisprudence de la Cour (voir, entre autres, l'arrêt Deweer du 27 février 1980, série A n° 35, pp. 21-24, §§ 41-47).

D'après elle, l'applicabilité de l'article 6 en l'espèce cadre avec la jurisprudence de la Cour; l'arrêt Delcourt en constituerait un exemple. Or il ne me paraît pas probant pour la présente affaire. Il concernait une instance devant la Cour de cassation belge, compétente pour confirmer ou casser un arrêt de la cour d'appel de Gand. La procédure pouvait donc se révéler décisive pour l'accusé, ce qui empêchait de considérer l'accusation comme «*determined*» jusqu'au moment où le verdict d'acquiescement ou de culpabilité serait définitif.

La situation juridique des présents requérants est différente. En soi, la procédure d'autorisation d'appel ne pouvait avoir d'incidence sur le constat de culpabilité ni sur la durée de la peine; la *Court of Appeal* ne pouvait pas davantage casser le jugement de première instance. On ne saurait donc guère dire de l'une ou de l'autre qu'elle décidait du bien-fondé de l'accusation dirigée contre les requérants. Sans doute la procédure a-t-elle entraîné pour eux une détention un peu plus longue que celle qu'ils pouvaient normalement escompter au prononcé de la peine, mais on ne saurait y voir une modification de celle-ci; d'ailleurs, l'emprisonnement supplémentaire ne commande pas à lui seul le jeu des garanties procédurales de l'article 6, puisque l'article 5 § 1 a) le légitime.

Je ne connais aucun précédent jurisprudentiel d'où il ressorte que la procédure d'autorisation d'appel — par opposition à la procédure d'appel proprement dite — tombe sous le coup de l'article 6. Mieux vaudrait, à mon sens,

estimer ce dernier inapplicable en pareil cas: il s'agit d'un texte qui semble conçu pour la procédure pénale ordinaire, et son applicabilité ne correspondrait à nul besoin sérieux. Cette manière d'aborder les problèmes soulevés en l'espèce montre qu'il n'y a pas lieu d'édulcorer, comme l'accepte la majorité, les garanties minimales («*minimum rights*») de l'article 6 § 3.

Voilà pourquoi je me suis prononcé contre l'applicabilité de l'article 6 dans la présente affaire.

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

LARS BRAMELID E ANNE-MARIE MALMSTRÖM CONTRA A SUÉCIA

(Decisão de 12 de Outubro de 1982)

- I. As acções das sociedades anónimas são «bens» susceptíveis de direito de propriedade, para os fins do art.º 1.º do 1.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- II. Não é contrária ao art.º 1.º do 1.º Protocolo a lei que obriga, em certas circunstâncias, os accionistas minoritários a ceder as suas acções à accionista maioritária, pelo preço determinado na mesma lei.
- III. O direito da pessoa ao respeito pelos seus bens não impede o legislador de modificar, quando e como o julgue necessário, as normas de direito privado com repercussão no património dos particulares, ressalvado que seja o necessário equilíbrio.

P. F.

DECISÃO:

EN FAIT

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

Les requérants sont ressortissants suédois. Lars Bramelid est né en 1941 et habite Ekerö. Anne-Marie Malmström est née en 1943 et habite Uppsala.

Ils sont représentés devant la Commission par M. Bertil Grennberg, conseil en brevets domicilié à Uppsala, agissant sur procuration du 23 août 1980.

Lars Bramelid possédait 300 actions d'une société anonyme, la Aktiebolaget Nordiska Kompaniet (la «NK»). Anne-Marie Malmström possédait une action de la «NK».

Le 1^{er} janvier 1977 entra en vigueur en Suède une nouvelle loi sur les sociétés anonymes (Aktiebolagslagen). Aux termes du chapitre 14, article 9 de cette loi, lorsqu'une société possède, elle-même ou par une filiale, plus de 90% des actions et plus de 90% des voix dans une autre société, elle a le droit de racheter les 10% d'actions restantes de cette autre société. De son côté, l'actionnaire dont les parts sont susceptibles de rachat a le droit de faire racheter ses actions. La loi ne précise pas comment sera fixé le montant du rachat, hormis le cas où la société acheteuse a acquis la majeure partie des actions grâce à une offre publique d'achat. En pareil cas, l'article 9, par. 3 de la loi prévoit que le montant du rachat sera fixé à un prix équivalent au prix offert, sauf raisons particulières d'en décider autrement.

Le chapitre 14, article 9, par. 1 à 3 de la loi suédoise sur les sociétés anonymes (Aktiebolagslagen), est ainsi libellé:

(Traduction)

«9 (1-3): Lorsqu'une société-mère possède elle-même ou par un intermédiaire plus des 9/10^{ème} des actions et plus des 9/10^{ème} des voix dans une filiale, elle a le droit de racheter le reste des actions aux autres actionnaires de la filiale en question. L'actionnaire dont les parts sont susceptibles de rachat a le droit de voir racheter ses actions.

En cas de conflit sur le point de savoir s'il a ou non droit à rachat ou obligation de racheter, ou sur le montant du rachat, le litige est tranché par trois arbitres conformément à la loi d'arbitrage (1929:1945) pour autant que les autres dispositions du présent chapitre n'en disposent pas autrement. L'article 18, par. 2 de ladite loi sur le délai dans lequel la sentence arbitrale doit être rendue, n'est pas applicable.

Si la société-mère a acquis la majeure partie de ses actions dans la filiale grâce à une offre générale faite aux actionnaires de vendre leurs actions à la société-mère à un certain prix, le montant du rachat doit être équivalent à ce prix, sauf raisons particulières d'en décider autrement.»

Cette dernière disposition n'avait pas son équivalent dans la précédente loi de 1944 sur les sociétés anonymes. Sa ratio legis est exposée dans le projet gouvernemental (1975 : 103) proposant la nouvelle loi. Il semblerait étrange, dit le projet, que la grande majorité des actionnaires ayant accepté l'offre, le reste ait la possibilité d'obtenir un meilleur prix par une procédure de rachat, ce qui, aux yeux du Gouvernement, apparaîtrait comme une sorte de chantage vis-à-vis de la société acheteuse.

La disposition ne s'applique pas si des raisons particulières commandent d'en décider autrement, par exemple lorsqu'une longue période s'est écoulée entre l'offre publique et le début de la procédure de rachat, lorsque les renseignements fournis dans l'offre publique étaient incomplets ou que d'importants faits nouveaux sont survenus depuis lors.

S'il y a litige sur le point de savoir s'il existe un droit ou une obligation de rachat, ou sur la valeur des actions, le litige est tranché par trois arbitres conformément à la loi d'arbitrage (Lag om Skiljemän). Cette loi stipule notamment que chaque partie désigne un arbitre et que les deux arbitres ainsi désignés en choisissent un troisième. Les arbitres doivent donner aux parties la possibilité de présenter leurs arguments verbalement ou par écrit. La sentence arbitrale doit être rendue par écrite et signée par tous les arbitres. Ceux-ci doivent indiquer dans leur jugement le lieu et la date du prononcé et en informer les parties dans les meilleurs délais. Il est possible de recourir au tribunal de première instance contre une sentence arbitrale notamment si un arbitre a été irrégulièrement nommé ou fait preuve de partialité, s'il y a eu vice de procédure pouvant influencer la décision ou s'il a litige sur l'indemnité à payer aux arbitres.

La précédente loi de 1944 sur les sociétés anonymes contenait des dispositions analogues. Cependant, le droit de rachat ou l'obligation de racheter n'existait que si 90% des actions étaient en main de la société acheteuse elle-même (à l'exclusion de ses filiales); par ailleurs, le prix du rachat devait être fixé par les arbitres d'après la valeur réelle des actions. Enfin, la partie qui n'était pas satisfaite de la sentence arbitrale pouvait recourir aux tribunaux pour faire fixer le prix (article 174, par. 2 et article 223, par. 2).

Le capital de la «NK» était divisé en 4.062.000 actions, donnant deux voix chacune, et 30.000 actions, donnant une voix chacune.

Pour pouvoir acquérir les parts de la «NK», la société anonyme Ahlén och Holm Aktibolag («Ahléns») décida de faire des offres alternatives d'achat aux actionnaires de la «NK».

Au 7 juillet 1976, Ahléns, avait acquis 3.660.255 des actions de la «NK» donnant deux voix, soit 89,45% de l'ensemble des actions de la «NK». Le même jour, Ahléns passa avec sa filiale Aktiebolaget Wessels (Ltd) un accord selon lequel la filiale devait, avant le fin de 1976, acquérir toutes les actions de la «NK» que pouvaient encore être acquérir toutes les actions de la «NK» qui pouvaient encore être rachetées. Autrement dit, en 1976, Ahléns n'a jamais possédé plus de 90% du capital-actions de la «NK». Selon le requérant, cet accord visait à empêcher que les actionnaires minoritaires puissent réclamer le rachat, conformément à la législation antérieure, à la valeur réelle.

Le 3 janvier 1977, Ahléns déclarait 3.634.126 actions donnant deux voix et Wessels en déclarait 323.640 ainsi que 12.229 actions donnant une voix, ce qui représentait au total plus de 90% des actions de la «NK». Ahléns était donc autorisée à racheter les actions restantes.

En cas de désaccord sur le rachat, la procédure d'arbitrage est mise en oeuvre selon le chapitre 14, article 10, de la loi sur les sociétés anonymes, qui est ainsi conçu:

(Traduction)

«10. : Lorsqu'une société-mère désire racheter les actions d'une filiale conformément à l'article 9 et qu'un accord est impossible sur ce point, la société-mère demandera par écrit au Conseil d'administration de la filiale de soumettre le litige à l'arbitrage et choisira son arbitre.

Lorsqu'il en est requis conformément au par. 1, le Conseil d'administration de la filiale doit rapidement, par avis publié dans... (certains journaux), demander aux actionnaires à qui s'adresse la demande de rachat de lui communiquer par écrit le nom de leur arbitre dans les 15 jours suivant la publication de l'avis. La demande doit être envoyée également par lettre à chacun des actionnaires concernés, si la société connaît leur adresse.

Si tous les actionnaires inscrits au registre des actions et à qui s'adresse la demande de rachat n'ont pas désigné un arbitre commun dans le délai prescrit, le conseil d'administration de la filiale demandera au tribunal régional de nommer un mandataire. Celui-ci demandera au Bureau exécutif de désigner un arbitre et protégera dans le conflit les droits des actionnaires qui ne se sont pas manifestés.»

Conformément à ces dispositions, le conseil d'administration d'Ahléns demandait par lettre du 3 janvier 1977, à son homologue de la «NK» de soumettre à l'arbitrage la question du rachat des actions restantes. Ahléns annonça qu'elle choisissait pour arbitre M. Löfgren, expert comptable.

Le 3 janvier également, le conseil d'administration de la «NK» informa ses actionnaires qu'ils devaient choisir leur arbitre. Les actionnaires n'ayant pas désigné leur arbitre, le conseil d'administration de la «NK» demanda au tribunal régional (Tingsrätt) de Stockholm de désigner un curateur à cet effet. Celui-ci fut désigné le 19 janvier 1977.

Le 21 janvier 1977, à la demande du curateur, l'administration régionale (Länsstyrelsen) de Stockholm désigna M. Olsson, expert comptable, comme deuxième arbitre. MM. Löfgren et Olsson convinrent de désigner le professeur Nial comme troisième arbitre et président du tribunal arbitral.

Dans leur sentence partielle du 22 novembre 1977, les arbitres décidèrent qu'Ahléns avait le droit de racheter les actions restantes de la «NK» à un prix restant à fixer. Ils déclarèrent en outre qu'Ahléns devenait dès lors propriétaire des actions restantes. Les arbitres estimèrent que, conformément à la législation en vigueur, cette décision n'était pas susceptible d'appel.

Ahléns demanda que le prix de rachat des actions soit fixé au même montant que celui auquel la majorité des actionnaires avaient volontairement vendu leurs propres actions après l'offre publique, soit, selon ses calculs, à 46,22 couronnes suédoises par action.

Les actionnaires minoritaires soutenaient que l'article 9, par. 3 ne s'appliquait pas en l'espèce et que la valeur réelle des actions était sensiblement plus élevée que le prix proposé. Les requérants maintiennent que cette valeur était effectivement d'environ 150 couronnes par action. Anne-Marie Malmström a, en, outre réclamé 4.030 couronnes pour ses frais devant le tribunal arbitral.

Le 5 septembre 1978, après avoir entendu les parties à sept reprises, les arbitres rendirent leur sentence finale. Ils déclarèrent que l'article 9, par. 3 s'appliquait en l'espèce. Ils ajoutèrent qu'il n'était pas possible de déterminer la valeur «objective» des actions, car il faudrait pour cela formuler des hypothèses et porter des jugements subjectifs. Ils estimèrent que le but de la disposition qui oblige l'actionnaire minoritaire à se conformer au prix accepté par la majorité exigeait que cette disposition s'applique même lorsqu'on peut concevoir une estimation sensiblement plus élevée.

Les arbitres procédèrent néanmoins à une estimation de la valeur des actions et déclarèrent que si l'on pouvait grosso modo, estimer la valeur de liquidation à un prix plus élevé que celui offert par Ahléns, la différence n'était pas assez importante pour rendre inapplicable l'article 9, par. 3 de la nouvelle loi sur les sociétés.

Conformément à cette disposition, ils fixèrent le prix de rachat à 53 couronnes par action, soit 46,89 couronnes pour le titre lui-même et 6,11 couronnes pour les dividendes courus jusqu'au jour de la sentence. Anne-Marie Malmström se vit en outre allouer 1.530 couronnes pour frais d'arbitrage.

GRIEFS

1. Les requérants se plaignent d'avoir dû céder leurs actions de la «NK» à un prix inférieur à leur valeur réelle. Lars Bramelid se plaint d'avoir reçu 53 couronnes par action alors qu'il estime la valeur réelle à 150 couronnes environ. Anne-Marie Malmström soutient que, selon les calculs des arbitres, la valeur réelle de l'action était de 64,25 couronnes au 3 janvier 1977, soit de 37% plus élevée que le prix finalement fixé.

Les requérants prétendent que cette privation d'un bien à un prix inférieur à la valeur réelle ne saurait, dans leur cas, se justifier par des raisons d'utilité publique, puisque cette «expropriation» a été le fait d'une entreprise privée. Il y a donc eu, selon eux, violation de l'article 1 do Protocole additionnel.

2. En outre, les requérants soutiennent que la législation suédoise ne leur permet de contester la sentence arbitrale devant les tribunaux de droit commun que si l'on peut prouver un vice de forme grossier ou la partialité d'un arbitre. La partie adverse a eu, selon eux, la possibilité d'influencer la désignation des arbitres. Même si aucune circonstance connue ne peut jeter une ombre sur l'intégrité personnelle des arbitres, ceux-ci ne peuvent néanmoins pas être considérés comme remplissant les conditions requises d'un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, puisque le déroulement de la procédure arbitrale a eu lieu à huis clos et que le jugement n'a pas été rendu publiquement. Les requérants prétendent qu'il y a donc eu violation de l'article 6, par. 1 de la Convention.

En outre, les requérants soutiennent que la loi sur les sociétés anonymes en vigueur avant 1977 prévoyait la possibilité de contester la sentence arbitrale devant les tribunaux de droit commun. Selon ce texte, les arbitres pouvaient par ailleurs prendre en considération la valeur réelle des actions, lorsqu'ils en fixaient le prix.

Selon les requérants, la réforme de la législation a manifestement permis d'enfreindre des droits que leur garantit la Convention. Selon eux, le Gouvernement suédois porte l'entière responsabilité de ces faits, puisque la nouvelle législation est contraire aux intérêts que la Convention cherche à protéger.

Les requérants estiment que pour faire valoir leurs droits ils n'ont pas disposé d'un recours effectif devant une instance nationale. Ils invoquent l'article 13 de la Convention.

3. Enfin, Lars Bramelid réclame des dommages-intérêts pour «l'expropriation» de son action, soit 100 couronnes suédoises par action, au total 30.000 couronnes.

Anne-Marie Malmström réclame des dommages-intérêts pour «l'expropriation» de son action, soit 100 couronnes plus 2.500 couronnes représentant la somme que les arbitres lui ont refusé pour couvrir ses frais de représentation juridique devant le tribunal arbitral, ainsi que tous autres frais encourus lors de la procédure devant la Commission.

PROCEDURE

Le 9 septembre 1981, un membre de la Commission, agissant comme rapporteur, a examiné les requêtes et a soumis à la Commission un rapport (article 40 du Règlement intérieur).

Le 6 octobre 1981, la Commission a décidé de donner connaissance des requêtes au Gouvernement défendeur et d'inviter celui-ci à présenter par écrit ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé des requêtes (article 42, par. 2.b) du Règlement intérieur). Le Gouvernement a été invité à prendre en considération les questions ci-après (cf. Argumentation des parties).

Le 5 janvier 1982, le Gouvernement défendeur a présenté ses observations. Le conseil des requérants y a répondu par un mémoire du 9 février 1982.

Le 12 mars 1982, le Rapporteur a présenté un second rapport à la Commission qui décida le 4 mai 1982 de joindre les deux requêtes et d'inviter les parties à lui présenter oralement des observations sur la recevabilité et le bien-foncé des requêtes (article 42, par. 3.b) du Règlement intérieur).

Le 12 octobre 1982, la Commission a tenu cette audience, à laquelle les parties étaient représentées comme suit:

- 1) Gouvernement: M. l'ambassadeur Hans Danelius, directeur des affaires juridiques et consulaires, Ministère des Affaires Etrangères, *agent*
M. Lars Beckman, chef de division, Ministère de la Justice, *conseil*

- 2) Requérants: M. Bertil Grennberg, docteur (physique), conseil en brevets, *conseil*

ARGUMENTATION DES PARTIES

Les *arguments du Gouvernement* peuvent se résumer comme suit:

1. Le système de rachat par lequel les requérants ont été privés de leurs actions est-il aux exigences de l'article 1 du Protocole N.º 1?

Le système de rachat a été introduit dans la loi pour rendre plus efficace le fonctionnement des sociétés anonymes. Le bon fonctionnement de celles-ci est dans l'intérêt général, puisque l'efficacité de la vie commerciale dépend, dans une large mesure, du cadre légal existant. Il s'ensuit que le rachat des actions minoritaires de la société «NK» était une mesure prise dans l'intérêt général.

Il n'a pas été contesté que le rachat des actions a été effectué conformément aux dispositions du chapitre du chapitre 14, article 9, de la loi sur les sociétés anonymes. La condition de légalité est donc remplie.

Le transfert des actions conformément à cette loi est toujours accompagné du paiement d'un prix devant correspondre à la valeur des actions. Il est vrai qu'il y a une présomption en faveur du prix déjà accordé à d'autres actionnaires en vertu d'une offre publique d'achat (art. 9, al. 3), mais cette présomption n'est pas absolue. Si des éléments démontraient qu'un prix plus élevé est justifié, la présomption est renversée et un prix plus élevé doit être fixé. En l'espèce, les arbitres n'ont pas trouvé de motifs valables pour s'écarter du prix résultant de l'application de cette présomption.

2. La procédure suivie devant les arbitres a-t-elle trait à des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6, par. 1, de la Convention?

La procédure devant les arbitres peut avoir trait aussi bien à l'existence du droit d'acquérir les actions qu'au prix à payer pour celles-ci. En l'espèce, les arbitres ont rendu deux sentences. La première, qui établit le droit d'acquérir les actions, a été rendue le 22 novembre 1977. La deuxième, qui concerne le prix des actions, porte la date du 5 septembre 1978.

Les requêtes ont été introduites plus de six mois après la première sentence, mais moins de six mois après la seconde. Il s'ensuit que seule cette dernière, concernant la fixation du prix des actions, peut être examinée par la Commission.

Le Gouvernement est enclin à admettre que la détermination du prix des actions avait trait à des droits et obligations de caractère civil.

3. Les arbitres peuvent-ils être considérés comme un tribunal indépendant et impartial? Quelles sont les possibilités en droit suédois de récuser les arbitres avant et après la procédure?

La loi du 14 juin 1929 sur l'arbitrage est fondée sur l'idée que l'arbitrage doit fournir aux parties toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité des arbitres. La manière dont ceux-ci sont nommés, la procédure suivie, le droit de recours dans certaines conditions et les règles sur le paiement des frais des arbitres servent à garantir leur indépendance et leur impartialité. Ils doivent traiter les affaires «avec impartialité, de manière efficace et sans délai» (article 13 de la loi). En l'espèce, on ne saurait douter de l'impartialité des arbitres, dont le président est l'un des plus éminents spécialistes du droit des sociétés.

L'article 5 de la loi définit les cas dans lesquels un arbitre peut être récusé. La récusation peut être faite avant la procédure. Après la procédure toute partie peut invoquer les éléments énumérés à l'article 5 comme motif d'annulation devant un tribunal (article 21).

4. La procédure devant les arbitres a-t-elle été conforme aux exigences d'un procès équitable et public, au sens de l'article 6, par. 1, de la Convention?

La procédure est conforme aux exigences d'un procès équitable. La procédure arbitrale a été choisie au lieu de la procédure devant les tribunaux, pour garantir une procédure rapide et de confier la décision à des personnes particulièrement compétentes pour déterminer le prix des actions. Il est naturel d'appliquer à cette fin de la loi sur l'arbitrage, qui est généralement reconnue en Suède comme garantissant une procédure équitable dans les litiges commerciaux.

La procédure peut se limiter à une procédure écrite, mais les arbitres peuvent inviter les parties à leur donner des explications orales. La loi ne prévoit pas la présence du public aux audiences. Dans la mesure où les parties peuvent recourir à un tribunal pour vice de la sentence arbitrale, ils ont droit à une procédure devant ce tribunal qui statuera le cas échéant en une audience publique. En l'espèce, il ne semble pas que l'absence d'audience publique ait causé un préjudice aux requérants.

En conclusion, le Gouvernement demande de déclarer les requêtes irrecevables.

Les arguments des requérants peuvent se résumer comme suit:

1. Le système suédois de rachat des actions n'est pas conforme à l'article 1 du Protocole additionnel.

En effet, la privation de la propriété n'est admise que dans l'utilité publique. Or, en l'espèce, il s'agit de la fusion de deux sociétés commerciales possédant chacune une chaîne de grands magasins. Le résultat en est la fermeture

de magasins dans de nombreuses villes. Il est possible que les bénéficiaires de la société aient augmenté par suite de cette opération et il est possible qu'une partie de cette augmentation soit due à une diminution de la concurrence. Mais on ne peut prétendre que le rachat forcé des actions, donc la privation des requérants de leurs biens, a été fait pour cause d'utilité publique.

2. Le Gouvernement a admis que la fixation du prix des titres est une question portant sur des droits et obligations de caractère civil.

Les requérants estiment qu'on ne saurait déclarer la requête irrecevable pour cause de tardiveté dans la mesure où elle concerne la première sentence, rendue le 22 novembre 1977. Cette sentence est une décision partielle concernant l'obligation des actionnaires minoritaires de céder leurs actions. Les griefs des requérants ont trait à la fois à l'obligation de céder leurs titres et à la fixation des indemnités. On ne saurait reprocher aux requérants de ne pas avoir saisi la Commission d'une requête à la suite de la sentence partielle. A ce moment-là ils ne pouvaient pas savoir qu'ils subiraient un préjudice en raison de l'indemnisation insuffisante. Les voies de recours n'ont été épuisées qu'avec la sentence finale car les deux décisions forment un tout. Partant, le délai de six mois a été respecté.

3. Le collège d'arbitres n'est pas un tribunal au sens de l'article 6, par. 1.

Les garanties d'indépendance et d'impartialité d'un collège d'arbitres ne sont pas celles qu'assurent un tribunal. Il est vrai que certaines règles permettent la récusation des arbitres mais elle ne saurait pallier l'absence d'un tribunal indépendant pour trancher une contestation portant sur les droits et obligations de caractère civil.

4. La procédure des arbitres n'est pas conforme aux exigences d'un procès équitable et public.

Le collège d'arbitres ne procède pas ouvertement et publiquement comme le fait un tribunal. En l'espèce, les parties ne se sont pas trouvées sur pied d'égalité en ce qui concerne la nomination des arbitres. L'adversaire a pu choisir

son arbitre librement, tandis que l'arbitre des requérants a été nommé par une autorité. En effet, c'est l'adversaire qui a demandé la nomination d'un curateur et qui a proposé pour cela M^e Malmström. Aussitôt nommé, M^e Malmström a proposé comme arbitre pour les actionnaires minoritaires M. Olsson, dont la société adverse n'avait pas manqué de relever les mérites. L'autorité a aussitôt nommé M. Olsson.

Deux des arbitres, MM. Löfgren et Olsson, sont des experts très connus qui ont comme clientèle de grandes sociétés dont les actions sont cotées en Bourse. Même si cette circonstance ne constitue pas un motif de récusation, aux sens de la loi, on peut douter que de telles personnalités, jouissant de la confiance de grandes sociétés, puissent être considérées comme aussi indépendantes que des magistrats. Les actionnaires minoritaires étaient dans l'impossibilité pratique de choisir eux-mêmes leur arbitre car, aux termes de la loi, leur choix devait être unanime. Leur arbitre a donc été choisi formellement d'office, mais en réalité, sous l'influence de l'adversaire.

Enfin, le refus des arbitres de procéder à une étude approfondie de la valeur réelle des actions rachetées, afin de fixer une juste indemnisation peut être assimilé à un déni de justice.

EN DROIT

1. a. Les requérants se plaignent d'avoir été contraints de céder leurs actions de la société «NK» à un prix inférieur à leur valeur réelle. Ils estiment qu'ils ont été privés de leurs biens dans des conditions contraires à l'article 1 du Protocole additionnel, étant donné que cette privation de propriété n'aurait pas été effectuée pour une cause d'utilité publique.

Ils allèguent la violation de l'article 1 du Protocole additionnel qui stipule:

«Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a défini comme suit l'objet général de cette disposition:

«En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 garantit en substance le droit de propriété. Les mots 'biens', 'propriété', 'usage des biens', en anglais 'possessions' et 'use of property', le donnent nettement à penser; de leur côté, les travaux préparatoires le confirment sans équivoque: les rédacteurs n'ont cessé de parler de 'droit de propriété' pour désigner la matière des projets successifs d'où est sorti l'actuel article 1. (Cour eur. D. H., affaire *Marckx*, arrêt du 13 juin 1979, série A n.º 31, par. 63).» (1).

b. Il convient d'examiner à titre préliminaire si le droit énoncé à l'article 1 du Protocole additionnel est susceptible de s'exercer sur une action de société anonyme. Une telle action est un objet de caractère complexe: certifiant le sociétariat et les droits (notamment de vote) qui y sont attachés, elle représente une part du capital social et constitue aussi, en quelque sorte, un titre de propriété médiate sur la fortune de la société. En l'espèce, les actions de la «NK» avaient indubitablement une valeur économique. La Commission estime en conséquence que, pour les besoins de l'article 1 du Protocole additionnel, les actions de la «NK» que détenaient les requérants étaient des «biens» susceptibles d'un droit de propriété.

c. L'essentiel de l'argumentation des parties se fonde manifestement sur la seconde phrase du premier paragraphe de la disposition précitée. Les requérants ont en effet soutenu qu'ils étaient victimes d'une expropriation dépourvue d'utilité publique et non accompagnée d'une juste indemnité.

(1) Sumariado *in* Documentação e Direito Comparado, 9, 45.

Alors même que le mot «exproprié» n'y figure pas, les termes de cette disposition, notamment les mots «privé de sa propriété pour cause d'utilité publique» ainsi que la référence faite aux «principes généraux du droit international», démontre à l'évidence qu'elle vise l'expropriation formelle (ou même de fait), c'est-à-dire l'acte par lequel l'Etat met la main — ou concède à un tiers le droit de mettre la main — sur un bien déterminé qui doit servir à la réalisation d'un but d'utilité publique. Les Travaux préparatoires de l'article 1 du Protocole confirment cette interprétation.

La législation suédoise dont se plaignent les requérants est d'un tout autre ordre. Elle est en effet l'expression et l'application d'une politique générale en matière de réglementation des sociétés commerciales et concerne avant tout les relations des actionnaires entre eux. Il va sans dire qu'en adoptant une législation de ce type, le législateur a pour objectif général d'atteindre à une réglementation favorable aux intérêts qu'il juge les plus dignes de protection, ce qui n'a toutefois rien à voir avec la notion de «l'utilité publique», telle qu'elle est usitée dans le domaine de l'expropriation.

La Commission est donc d'avis que la seconde phrase du premier paragraphe de l'article 1 du Protocole additionnel ne s'applique pas au présent grief des requérants.

d. Il appartient dès lors à la Commission d'examiner si l'obligation faite aux requérants, en vertu de la loi suédoise, de céder leurs actions à la société Ahléns, actionnaire majoritaire de la «NK», portait atteinte à leur droit au respect de leurs biens, tel qu'il garanti par la première phrase du premier paragraphe de l'article 1 du Protocole additionnel.

Ainsi que la Commission vient de le souligner, l'obligation faite dans certaines circonstances aux actionnaires minoritaires de céder leurs actions à l'actionnaire majoritaire découle d'une législation sur les sociétés, réglant les rapports des actionnaires entre eux. Dans tous les Etats parties à la Convention, les lois régissant les rapports de droit privé entre particuliers, y compris les personnes morales, contiennent des dispositions qui déterminent, quant aux biens, les effets de ces rapports juridiques et, dans certains cas, obligent une personne à céder à une autre un bien dont elle était propriétaire. Peuvent être cités, à titre d'exemples, les partages successoraux notamment en matière agricole, les liquidations de certains régimes matrimoniaux et surtout les saisies et ventes de biens dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée.

e. Etant parvenue à la conclusion qui précède, la Commission estime superflu d'examiner encore si le Gouvernement défendeur pourrait invoquer à juste titre le second paragraphe de ce même article, les requérants ne s'étant pas fondés sur cette disposition. Les considérations qui précèdent suffisent en effet pour établir que le présent grief est manifestement mal fondé, au sens de l'article 27, par. 2 de la Convention.

2. a. Les requérants se plaignent que les arbitres qui ont statué sur le droit de rachat de leurs actions et qui en ont fixé le prix, ne sont pas un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, que leur procédure se déroule à huis clos et que la loi ne permet d'attaquer la sentence arbitrale devant les tribunaux ordinaires que si l'on peut prouver un vice de forme grossier ou la partialité d'un arbitre. Ils se plaignent aussi que la partie adverse a eu la possibilité d'influencer la désignation des arbitres. Ils se prétendent, de ce fait, victimes d'une violation et ils invoquent l'article 6, par. 1, de la Convention qui stipule:

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par tribunal, lorsque dans les circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.»

b. Le Gouvernement défendeur soutient que la première sentence des arbitres ne peut être examinée par la Commission pour cause de tardiveté de la requête.

Aux termes de l'article 26 de la Convention «la Commission ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu

De telles réglementations, indispensables à toute vie en société sous un régime libéral, ne sauraient en principe être considérées comme contraires à l'article 1 du Protocole additionnel. Se référant, *mutatis mutandis*, à l'opinion exprimée par la Cour quant aux relations entre Etats et particuliers (cf. Affaire Sporrong et Lönnroth, arrêt du 23 septembre 1982, par. 69) ⁽²⁾, la Commission doit néanmoins s'assurer qu'en réglementant les effets, quant aux biens, des rapports juridiques entre particuliers, le législateur n'introduit pas entre eux un déséquilibre tel qu'il aboutirait à dépouiller arbitrairement et injustement une personne au profit d'une autre.

En l'espèce, la Commission estime que la loi suédoise qui, dans certaines circonstances, impose aux actionnaires minoritaires de vendre leurs actions à un prix qui sera fixé par des arbitres, tout en leur reconnaissant le droit de les faire racheter aux mêmes conditions s'ils désirent, ne crée nullement à leur détriment un déséquilibre excessif au point de constituer une violation du droit au respect des biens.

Les requérants ont relevé que la nouvelle loi, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1977, rendait plus facile l'ouverture d'une procédure de rachat forcé des actions, puisqu'elle n'exigeait plus que le 90% des actions soit concentré pour cela entre les mains d'une seule et même société. Cet argument n'est recevable que dans la mesure où les requérants avaient acquis leurs actions de la «NK» avant le 1^{er} janvier 1977. Quoi qu'il en soit, de l'avis de la Commission, on ne saurait se fonder sur le droit de toute personne au respect de ses biens pour contester au législateur le pouvoir de modifier, quand et comme il l'estime souhaitable, les règles de droit privé qui peuvent avoir quelque effet sur le patrimoine des particuliers, sous réserve bien entendu, du principe d'équilibre qui vient d'être évoqué.

Enfin, quant aux circonstances de la présente affaire, la Commission ne saurait perdre de vue que le prix des actions des requérants a été fixé par des arbitres qualifiés, dans une sentence soigneusement motivée et en application de critères qui, quelles que soient les critiques des requérants, n'apparaissent pas comme arbitraires ou déraisonnables.

La Commission ne discerne ainsi, en l'espèce, aucune atteinte au droit des requérants au respect de leurs biens, au sens de la première phrase du premier paragraphe de l'article 1 du Protocole additionnel.

(2) In Documentação e Direito Comparado, 10, 105.

selon les principes de droit international généralement reconnus et dans le délai de six mois, à partir de la date de la décision interne définitive».

La Commission rappelle que les arbitres ont rendu successivement deux sentences: la sentence partielle du 22 novembre 1977 reconnaissant à Ahléns le droit de racheter les actions restantes de la «NK» et la sentence finale du 5 septembre 1978 fixant à compensation.

La Commission souligne que six mois après la première sentence les requérants ignoraient encore à quel prix leurs actions seraient rachetées. Les requérants se plaignent notamment qu'ils ont dû céder leurs actions à un prix inférieur à leur valeur réelle. Or, ce n'est que par la sentence finale du 5 septembre 1978 que le prix de rachat fut fixé. La Commission est donc d'avis que cette sentence finale doit être considérée comme «la décision interne définitive». Les requêtes ayant été introduites le 26 février 1979, le délai de six mois visé à l'article 26 de la Convention a été respecté.

c. La Commission considère que la procédure suivie devant les arbitres était déterminante pour les droits et obligations de caractère privé. En conséquence, la procédure litigieuse avait trait à des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6, par. 1, point qui n'est d'ailleurs pas contesté entre les parties.

L'article 6, par. 1, n'exige pas que toute décision d'une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil soit prise par un organe qualifié de tribunal par le droit national s'il peut être considéré comme tel au sens de l'article 6, par. 1, de la Convention (cf. Cour eur. D. H., Affaire Ringeisen, arrêt du 16 juillet 1971, par. 65) ⁽³⁾. Il ne s'oppose pas non plus à ce qu'une décision de ce genre soit prise en première instance par un organe qui n'a pas le caractère d'un tribunal, pourvu que l'affaire puisse être ensuite portée dans un délai raisonnable devant un tribunal qui a compétence pour la juger en droit et en fait (cf. Requête N° 7987/77, Déc. du 13.12.79, D. R. 18, pp. 31, 59).

Enfin, la Convention n'interdit pas à une personne de renoncer à l'exercice de certains droits garantis par l'article 6, par. 1, lorsqu'il s'agit de décider d'une contestation portant sur ses droits et obligations de caractère civil, pourvu que cette renonciation ne soit pas faite sous l'effet d'une contrainte (cf. Requête

(3) Sumariado *in* Documentação e Direito Comparado, 4, 274.

N.º 1197/61, Recueil 8, pp. 68-73); Affaire Deweer, rapport de la Commission du 5 octobre 1978, par. 55).

En l'espèce, la Commission devra rechercher si les arbitres qui ont statué sur le rachat et le prix de rachat des actions des requérants constituaient un tribunal, au sens de l'article 6, par. 1, s'ils présentaient toutes garanties d'indépendance et d'impartialité et si leur procédure était équitable et publique, comme l'exige cette disposition. Si la réponse à l'une de ces questions était négative, il conviendrait d'examiner si le recours à un tribunal prévu à l'article permet de conclure que les requérants disposaient en définitive des garanties de l'article 6, par. 1. Enfin, la Commission pourrait être amenée à rechercher si, vu le chapitre 14, articles 9 et 10, de la loi suédoise sur les sociétés anonymes, l'acquisition et la détention d'une action d'une société anonyme de droit suédois n'emporte pas renonciation tacite à l'exercice de certains des droits garantis par l'article 6, par. 1, de la Convention, pour ce qui a trait au rachat forcé de cette action.

La Commission estime qu'en l'état du dossier les griefs des requérants tirés de l'article 6 ne sauraient être déclarés irrecevables, mais qu'ils soulèvent des problèmes suffisamment complexes pour exiger un examen au fond. Ces griefs doivent donc être déclarés recevables.

3. Enfin, au cours de l'audience de la Commission du 12 octobre 1982, les requérants ont allégué qu'ils n'avaient pas disposé en Suède d'un recours effectif contre les violations de la Convention dont ils se prétendent victimes et invoquent à cet égard l'article 13, ainsi conçu:

«Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officiels.»

La Commission considère qu'il ne s'agit pas là d'un grief séparé, mais d'un aspect juridique particulier de leurs plaintes portant sur la procédure relative au rachat et à la fixation de la valeur de rachat de leurs actions de la «NK».

Elle estime en conséquence que l'examen de ces allégations doit suivre le sort de celui des griefs développés sur le terrain de l'article 6, par. 1, et mentionnés ci-avant.

Par ces motifs, la Commission

DECLARE IRRECEVABLE

le grief des requérants selon lequel le rachat forcé de leurs actions constituait une violation de l'article 1 du Protocole additionnel.

DECLARE LA REQUETE RECEVABLE

pour le surplus.

COMITÉ DE MINISTROS

RESOLUÇÃO DH(86)3

PIERRE PANNETIER CONTRA A SUÍÇA (1)

Perde a qualidade de vítima, para os fins do art.º 25.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, quem, após se ter queixado à Comissão Europeia dos Direitos do Homem por violação do art.º 6.º (duração do processo para além do razoável), vê as autoridades nacionais reconhecer implicitamente a violação e reparada em substância as consequências prejudiciais que para ele tenham podido resultar.

P. F.

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

Vu le rapport de la Commission européenne des Droits de l'Homme concernant la requête introduite par M. Pierre Pannetier contre la Suisse (requête n.º 9299/81);

Considérant que la Commission a transmis ledit rapport au Comité des Ministres le 17 septembre 1985, que le délai de trois mois prévu à l'article 32,

(1) Adoptada em 30 de Maio de 1986, na 397.ª reunião dos Delegados de Ministros.

paragraphe 1, de la convention est arrivé à échéance sans que l'affaire ait été déférée à la Cour européenne des Droits de l'Homme par application de l'article 48 de la convention;

Considérant que dans sa requête introduite le 13 février 1981 le requérant s'est plaint essentiellement de la durée de la procédure pénale engagée contre lui par les autorités judiciaires suisses alléguant la violation de l'article 6, paragraphes 1, 2 et 3.d de la convention;

Considérant que la Commission après avoir déclaré la requête recevable le 13 mars 1984, dans son rapport, après avoir estimé que les autorités suisses ont reconnu implicitement puis réparé en substance les conséquences dommageables ayant pu résulter pour le requérant de la durée de la procédure et qu'elle donc pas appelée à se prononcer sur la question de savoir s'il y a au en l'espèce violation de l'article 6, paragraphe 1, de la convention, a exprimé l'avis, par onze voix et deux abstentions, que le requérant ne peut se prétendre victime aux termes de l'article 25 de la convention d'une violation par la Suisse des droits consacrés par l'article 6, paragraphe 1;

Vu l'avis formulé par la Commission,

Décide que, dans la présente affaire, le requérant ne peut se prétendre victime, aux termes de l'article 25 de la convention, d'une violation par la Suisse des droits consacrés par l'article 6, paragraphe 1, et que, dans ces conditions, le Comité des Ministres n'a aucune autre mesure à prendre en la matière.

COMITÉ DES MINISTRES

EXTRADIÇÃO

RECOMMANDATION N° R(86)13

**DU COMITE DES MINISTRES AUX ETATS MEMBRES
CONCERNANT L'APPLICATION PRATIQUE
DE LA CONVENTION EUROPEENNE D'EXTRADITION
RELATIVE A LA DETENTION AUX FINS D'EXTRADITION**

*(adoptée par le Comité des Ministres le 16 septembre 1986
lors de la 399^e réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15 b. du Statut du Conseil de l'Europe ⁽¹⁾,

Rappelant sa Résolution (75)12 et sa Recommandation N° R(80)7 relatives à l'application pratique de la Convention européenne d'extradition;

Désireux de faciliter l'application de cette Convention en ce qui concerne la détention aux fins d'extradition ⁽²⁾,

⁽¹⁾ A tradução portuguesa do Estatuto do Conselho da Europa está publicada em Documentação e Direito Comparado, 1, 711.

⁽²⁾ Vide Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.º 5º, n.º 1 f).

I. Recommande aux gouvernements des Etats membres Parties à la Convention:

a. de s'inspirer, dans son application pratique, des principes suivants:

1. La détention aux fins d'extradition devrait être imputée sur la peine de la même manière que la détention provisoire;
2. Lorsque la Partie requise estime que la durée de la détention aux fins de l'extradition est disproportionnée à la peine à exécuter ou à la peine risquant d'être encourue en cas de condamnation, elle devrait consulter la Partie requérante pour s'assurer que la requête d'extradition est maintenue. La Partie requérante devrait informer la partie requise dans les meilleurs délais;

b. d'examiner leur législation en vue de permettre aux personnes détenues de manière injustifiée aux fins d'extradition de réclamer une indemnité aux mêmes conditions que celles qui régissent l'indemnisation pour détention provisoire injustifiée ⁽³⁾;

II. Charge le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de transmettre la présente Recommandation aux gouvernements des Etats contractants qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe.

P. F.

⁽³⁾ Vide Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.º 5.º, n.º 5.

ESTUDOS

MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO

**AS GARANTIAS DE DEFESA JURISDICIONAL
DOS PARTICULARES
CONTRA ACTUAÇÕES DO PODER EXECUTIVO
NA ALEMANHA**

ÍNDICE

CAPÍTULO I — AS GARANTIAS DE DEFESA JURISDICIONAL DOS PARTICULARES CONTRA ACTUAÇÕES DO PODER EXECUTIVO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1. O Estado de Justiça (Iustizstaat)
2. O Estado de Polícia (Polizeistaat)
3. O constitucionalismo monárquico
4. O constitucionalismo parlamentar. A Constituição de Weimar
5. O nacional-socialismo
6. O pós-guerra

CAPÍTULO II — AS GARANTIAS DE DEFESA JURISDICIONAL DOS PARTICULARES CONTRA ACTUAÇÕES DO PODER EXECUTIVO. A ACTUALIDADE

1. A Constituição de Bonn
2. A organização dos tribunais administrativos
 - 2.1. Os tribunais administrativos
 - 2.2. O Senado Conjunto (Gemeinsamer Senat)
 - 2.3. Os juízes dos tribunais administrativos
 - 2.4. Os representantes do interesse público
3. A competência dos tribunais administrativos
 - 3.1. A consagração legal do sistema da cláusula geral
 - 3.2. Consequências da consagração legal da cláusula geral
 - 3.2.1. Os actos políticos
 - 3.2.2. Os actos praticados no âmbito das relações especiais de poder
 - 3.2.3. Os actos praticados no âmbito de acordos arbitrais

- 3.3. A competência dos tribunais administrativos e a lei expressa preven-
dendo a competência de outra jurisdição — comum, trabalho,
social ou fiscal
 - 3.3.1. As normas de direito público não constitucional
 - 3.3.2. Os conflitos de jurisdição
 - 3.3.3. As questões prejudiciais
 - 3.3.4. As acções de responsabilidade extracontratual da Admi-
nistração por actos de gestão pública e as acções de
indenização decorrentes de expropriação por utilidade
pública
- 3.4. Os litígios de direito público não constitucional
- 3.5. A intensidade da protecção jurisdicional. Discricionariedade
(Ermessen) e margem de livre apreciação (Beurteilungsspielraum)
- 4. Natureza jurídica da jurisdição administrativa
- 5. Os meios de defesa jurisdicional dos particulares contra actuações do
poder executivo
 - 5.1. As diversas modalidades gerais de acção administrativa
 - 5.1.1. A acção de anulação de um acto administrativo
(Anfechtungsklage)
 - 5.1.2. A acção de condenação à prática de um acto administra-
tivo (Verpflichtungsklage)
 - 5.1.3. A acção de declaração da existência ou inexistência de
uma relação jurídica ou da nulidade de um acto admi-
nistrativo (Feststellungsklage)
 - 5.1.4. A acção de condenação (Leistungsklage)
 - 5.2. A acção de fiscalização de normas jurídicas contidas em regu-
lamentos (Antrag auf Normenkontrolle)
 - 5.3. O recurso para o Tribunal Constitucional (Verfassungsbesch-
werde)
- 6. Garantias acessórias resultantes da propositura de uma acção admi-
nistrativa em tribunal
 - 6.1. A suspensão da eficácia do acto administrativo (aufschiebende
Wirkung)

- 6.2. As providências cautelares (einsweilige Anordnungen)
- 7. O processo administrativo jurisdicional
 - 7.1. Os pressupostos processuais
 - 7.1.1. Pressupostos quanto ao tribunal
 - 7.1.2. Pressupostos quanto às partes
 - 7.1.3. Pressupostos quanto ao processo
 - 7.1.4. Pressupostos quanto ao objecto
 - 7.2. Os princípios básicos do processo administrativo jurisdicional
 - 7.2.1. Princípio dispositivo (Verfügungsgrundsatz)
 - 7.2.2. Princípio do inquisitório (Untersuchungsgrundsatz)
 - 7.2.3. Princípio do contraditório (rechtliches Gehör)
 - 7.2.4. Princípio da livre apreciação da prova (freie Beweiswürdigungsgrundsatz)
 - 7.2.5. Princípio da imediação (Unmittelbarkeitgrundsatz)
 - 7.2.6. Princípio da oralidade (Mündlichkeitgrundsatz)
 - 7.2.7. Princípio da publicidade (Öffentlichkeitgrundsatz)
 - 7.2.8. Princípio da onerosidade do processo
 - 7.2.9. Princípio da obrigatoriedade de resposta
- 8. A execução das sentenças dos tribunais administrativos

CAPÍTULO I

AS GARANTIAS DE DEFESA JURISDICIONAL DOS PARTICULARES CONTRA ACTUAÇÕES DO PODER EXECUTIVO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1. O Estado de Justiça (Justizstaat)

No estado feudal alemão, como aliás nos restantes estados feudais europeus, não havia a consciência da distinção direito público/direito privado. É certo que as relações entre os súbditos e as autoridades não eram analisadas como relações de puro facto, estando cobertas pelo manto jurídico. Simplesmente o direito que as cobria não se diferenciava do que envolvia as relações entre os particulares, sendo entendido como desenvolvimento de privilégios e deveres recíprocos ⁽¹⁾. Assim, é impensável falar nesta época em jurisdição de direito público e, muito menos, em jurisdição administrativa.

Não se esquece que em 1495 e 1501, respectivamente, foram criados o Reichkammergericht e o Reichhofrat, tribunais cuja origem se pode ver nos conselhos privados do rei e que constituíam uma via extraordinária de recurso ⁽²⁾. Não há, porém, qualquer semelhança entre estes tribunais e os que actualmente compõem a jurisdição administrativa. Os dois tribunais julgavam indistintamente questões puramente privadas e questões que hoje apelidaríamos públicas, mesmo administrativas — competia, em especial, ao Reichkammergericht, tribunal superior do Império, a resolução da maior parte dos litígios

⁽¹⁾ Sobre este período, Axel Görlitz, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, 1970, p. 16.

⁽²⁾ Sobre a jurisdição destes tribunais, Rudolf Gneist, *L'Amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, p. 397, e Fritz Fleiner, *Instituciones de derecho administrativo*, 1937, p. 26.

surgidos das relações entre os particulares e os príncipes feudais (Fürsten), litígios que muitas vezes se traduziam em questões de índole administrativa ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

Relativamente à justiça exercida por estes tribunais, dir-se-á que os príncipes feudais desde cedo se mostraram «incomodados» com as suas intromissões no âmbito das actividades que empreendiam e, sempre que encontravam um mínimo de justificação, não executavam as suas sentenças, o que dava à justiça destes tribunais um efeito puramente moral. Ao mesmo tempo, preocupavam-se em obter do imperador privilégios «non evocanda» e «non appellanda», procurando por esta via evitar que os conflitos chegassem ao conhecimento dos tribunais.

A pouco e pouco, o poder destes tribunais foi decrescendo e, inversamente, o poder dos príncipes feudais foi fortalecendo-se.

Paralelamente a este processo, uma distinção algo embrionária e sem qualquer apoio científico entre o que se considerava domínio das relações de justiça (Justizsachen), susceptíveis de serem analisadas pelos tribunais, e o que se considerava domínio das relações de polícia (Polizeisachen), relativamente às quais não se admitia o recurso aos tribunais (im Polizeisachen gilt keine Appelation) ⁽⁵⁾, foi-se tornando clara. Nesta distinção se encontra o germen da diferenciação entre o público e o privado e o embrião de um direito diferente do direito comum. O princípio da unidade do direito (Einartigkeit allen Rechts) começa a ruir.

2. O Estado de Polícia (Polizeistaat)

1. Consagrando o movimento anterior, surge, com todo o vigor, nos finais do século XVII, de certo modo ligada às relações insusceptíveis de recurso

⁽³⁾ O direito dos príncipes senhoriais (Landfürsten) era limitado pelo direito do império (Reich) e nos limites deste direito começava o direito dos súbditos. Um dos direitos mais importantes dos súbditos era o direito de recorrer à justiça.

⁽⁴⁾ Sobre o «poder doméstico» (Hausmacht) exercido pelos príncipes da época feudal, apoiado nos bens patrimoniais, Ernst Forsthoff, *Traité de Droit Administratif Allemand*, tradução de Michel Fromont, 1969, p. 61.

⁽⁵⁾ Cfr. Axel Görlitz, ob. cit., p. 17 e ss.

a tribunal (Polizeisachen), uma ideia difusa de «policia», à qual inere a promoção do bem-estar e felicidade da sociedade (6).

No desenvolvimento desta ideia, os príncipes propunham-se uma tarefa envolvente e exigente de elevação cultural e técnica do todo estadual. São sugestivas as palavras que um autor alemão coloca na boca do príncipe herdeiro de Baden quando, angustiado perante essa tarefa insana que em breve lhe seria pedida, se interrogava, séria e conscientemente, sobre a questão de saber «por onde se deveria começar para não só tornar os homens mais inteligentes, hábeis e ricos mas também melhores e, logo, mais felizes» (7).

Era uma «ética de salvação» (8) que impelia os príncipes a agir, à partida sem limites objectivos. Pode, mesmo, dizer-se que o único limite conhecido dos príncipes era a convicção de que era útil e oportuna a actividade que empreendiam (9).

Tratava-se de um novo modo de encarar a esfera do «público» — Estado de Polícia — e, com ele, de uma nova concepção de Estado — Estado identifica-se com o príncipe.

A fim de fazer face às tarefas que se propunha realizar e que, em virtude do fim que as movia, aumentavam tentacularmente, o príncipe viu-se obrigado a aumentar, também de um modo espectacular, a sua máquina burocrática, o que, a breve trecho, levantou problemas de racionalização e controlo — as distorções e os atropelos proliferavam sem que o príncipe directamente lhes pudesse pôr cobro. Era urgente criar órgãos que fiscalizassem, em concreto, se a vontade do príncipe (Fürstenwille), que era a lei, estava a ser correcta-

(6) O termo «policia» tem a sua raiz na palavra grega «politeia» e no latim tardio «politia». Os dois étimos estão directamente ligados à «polis», isto é, designam, na esteira de Aristóteles e, mais tarde, S. Tomás de Aquino (politia ordinata), todo o ordenamento da «polis». Sobre a origem da palavra, Norberto Bobbio, *Stato di Polizia*, in Enciclopédia Política, p. 1001, e Fernando Garrido Falla, *Las transformaciones del concepto juridico de policia administrativa*, in Revista de Administracion Publica, n.º 11, 1953, p. 13. Sobre a actividade de policia, Fritz Fleiner, ob. cit., p. 26-27 e 309-315.

(7) Campe, citado por Axel Görlitz, ob. cit., p. 23.

(8) Cfr. Rogério Soares, *Direito Constitucional* (policopiado), p. 30. O Estado de Polícia conhece somente «os cânones de uma ética de salvação nacional».

(9) O príncipe adquire o «ius eminens» que integra o «dominium eminens» — domínio sobre a propriedade — e o «potestas eminens» — poder sobre as pessoas e as suas liberdades. Cfr. Ernst Forsthoff, ob. cit., p. 65 e ss.

mente interpretada e executada pela sua própria máquina burocrática ⁽¹⁰⁾. Apelar aos velhos tribunais imperiais seria expressão de um retrocesso a que o príncipe não daria nunca o seu consentimento, além de que nunca também seriam tais tribunais os instrumentos adequados ao tipo de controlo pretendido ⁽¹¹⁾. Não estava em causa já a protecção das relações entre súbditos e autoridade, entendidas como desenvolvimento de privilégios e deveres recíprocos, base do controlo jurisdicional do Estado de Justiça. O que estava em causa era garantir o cumprimento da vontade do príncipe, que era a lei.

O príncipe criou, então, no âmbito da organização burocrática, instâncias de controlo da actividade de polícia, dele directamente dependentes. São as «câmaras de justiça» (Kammeriustiz) e nelas se encontra o embrião de uma verdadeira jurisdição administrativa ⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾.

Salvo no que respeita à composição — funcionários e peritos da própria Administração —, a organização e o funcionamento das câmaras de justiça assemelhavam-se à organização e funcionamento dos tribunais. O processo tinha estrutura idêntica ao jurisdicional, desenvolvendo-se com a garantia do contraditório, e embora as câmaras de justiça se encontrassem funcionalizadas por uma ideia de controlo objectivo — o controlo da execução da vontade do príncipe, actuando os funcionários segundo ordens de serviço e não normas jurídicas — o facto é que através desse controlo muitas vezes se obtinha a protecção dos interesses dos cidadãos, uma vez que era esse o móbil da actuação do príncipe.

As coisas da polícia (Polizeisachen) passaram, assim, a ser analisadas e controladas pelas câmaras de justiça.

⁽¹⁰⁾ Sobre as razões desta evolução, Ernst Forsthoff, ob. cit., p. 62 e ss.

⁽¹¹⁾ Por um lado, os tribunais eram vistos como focos de resistência contra o absolutismo; por outro, não tinha lógica o príncipe, detentor do direito sobre o seu território, solicitar aos tribunais a fiscalização da actividade dos que se encontravam sob as suas ordens.

⁽¹²⁾ Cfr. C. Hermann Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, 7. Auflage, 1978, p. 2; Axel Görlitz, ob. cit., p. 18.

⁽¹³⁾ Sobre a justiça camarál, Ernst Forsthoff, ob. cit., p. 72.

⁽¹⁴⁾ Sobre o dualismo «coisas da justiça» e «coisas da polícia», cfr. Fritz Fleiner, ob. cit., p. 27.

2. Mas, pode perguntar-se, será que o Estado de Polícia extinguiu toda e qualquer protecção directa dos direitos dos súbditos face às intromissões das autoridades na sua esfera jurídica, antes empreendida pelos tribunais? A resposta é negativa. O vazio em que se caiu com a impossibilidade de demandar o príncipe em tribunal, em virtude da nova concepção de Estado, conduziu a uma solução que tentou minorar os inconvenientes desse vazio, solução imposta pelas circunstâncias, uma vez que, a pretexto da realização do bem-estar — bem-estar que só existia como ideia na mente do príncipe —, os súbditos sofriam cada vez mais na sua esfera jurídica lesões resultantes da presença agressiva e asfixiante do Estado. Assim nasceu a figura do Fisco ⁽¹⁵⁾.

Originariamente circunscrito à administração financeira, o Fisco passou, a breve trecho, a personalizar toda a actividade patrimonial do Estado, apresentando-se como uma entidade à parte do príncipe e, conseqüentemente, do Estado. Pessoa jurídica de direito privado, portadora do património público — o direito patrimonial era visto como direito privado —, o Fisco ia a juízo como qualquer particular, podendo ser demandado por quem demonstrasse ter sofrido danos na sua esfera jurídica por actos de autoridade.

O príncipe não podia ser demandado em tribunal? Não importa. Seria o Fisco o demandado. E os súbditos podiam obter uma compensação patrimonial fixada pelos tribunais, em função dos prejuízos causados, sem que fosse posta em causa a representação estadual da época — por exemplo, o acto de expropriação, como acto de autoridade, não era impugnado, mas o particular lesado podia solicitar ao Fisco uma indemnização.

Os conflitos de competência entre os tribunais (Gerichte) e as câmaras de justiça (Kammerjustiz) não demoraram a nascer, obrigando o legislador a intervir e a delimitar competências. Em 1 de Março de 1709, a Kammergerichtsordnung excluía expressamente do âmbito dos tribunais «as questões militares, da caça, das contribuições e das alfândegas» ⁽¹⁶⁾.

3. O norte da Alemanha, particularmente a Prússia, foi o palco privilegiado da descrição acabada de fazer.

⁽¹⁵⁾ Sobre a figura do Fisco, Rogério E. Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, 1955, pp. 59-61 e Fritz Fleiner, ob. cit., em especial p. 29.

⁽¹⁶⁾ A justiça camarál só terminou no fim do século XVIII. Cfr. Ernst Forsthoff, ob. cit., p. 73.

No sul da Alemanha a evolução foi algo diversa. A ideia do Estado de Justiça (justizstaatliches Denken) manteve-se latente ao longo dos anos. Em Württemberg, por exemplo, a fronteira entre as «coisas da polícia» e as «coisas da justiça» era praticamente desconhecida, competindo aos tribunais a qualificação dos litígios que poderiam resolver (Kompetenz Kompetenz) (17).

3. O Constitucionalismo Monárquico

1. O espírito que iluminou e fortaleceu a ideia de Estado de Polícia continha, porém, o gérmen que o levaria à desagregação. No fim do século XVIII, o «abandono do Estado de Polícia» (Abkehr von Polizeistaat) foi o *slogan* posto a correr por quem dentro dele mais tinha beneficiado com a actuação de «polícia», a burguesia (18) (19).

Estava em curso uma alteração profunda da estrutura social, alteração que se iria traduzir numa nova concepção do Estado, baseada na separação entre o Estado e a sociedade.

A sociedade, representada pela burguesia ilustrada, aparece portadora de um conjunto de valores opostos aos valores defendidos pelo príncipe e, logo, pelo Estado, encarnados numa ordem própria que congrega os princípios da autonomia dos particulares, da auto-regulação do mercado e da livre concorrência.

(17) Os tribunais entendiam que as ordens de polícia «se tornariam justiciáveis se lesassem direitos adquiridos dos súbditos». Cfr. Axel Görlitz, *ob. cit.*, p. 21.

(18) Trata-se, como impressivamente notou Otto Sarwey a propósito da Revolução Francesa, do «irromper de um povo, ofendido pelo vergonhoso egoísmo dos governantes». Cfr. *La giustizia nell'amministrazione et l'ordinamento burocratico*, in Biblioteca di Scienza Politiche, organizada por Attilio Brunialti, 2.ª série, vol. VIII, 1902, p. 538. Numa outra formulação, desta vez de Max Seydel mas não menos impressiva, o que conduziu a sociedade da época à Revolução foi «a contradição entre o soberano e o fim do seu domínio». V. *Stato e Soberano*, in Biblioteca di Scienza Politiche, 2.ª série, vol. VIII, 1902, p. 1157 e 1158.

(19) Sobre a história da jurisdição administrativa alemã, a partir desta época, Christian Menger, *Verfassung und Verwaltung in Geschichte und Gegenwart*, 1982, p. 286 e ss.

Mas a grande novidade que a burguesia trouxe consigo foi o facto de pretender que esta nova ordem limitasse a actuação do próprio Estado. Dando nome a este pensamento, em breve generalizado, Robert von Mohl ⁽²⁰⁾ falou pela primeira vez em 1832 em Estado de Direito. Longe ainda do conteúdo que viria a adquirir, a expressão «Estado de Direito» pretendia «agarrar» a realidade-actuante do Estado nas malhas do direito ou, mais concretamente, pretendia sujeitar a actuação de «polícia», até aí directamente dependente da vontade arbitrária do príncipe, à ordem de valores jurídicos nascida do novo contexto estadual: jurisdicionalização da «polícia» e não a sua ultrapassagem ⁽²¹⁾ ⁽²²⁾.

2. O primeiro passo dado no sentido da consagração da nova ideia de Estado ⁽²³⁾ consistiu na abolição das câmaras de justiça e na atribuição da sua jurisdição aos tribunais comuns (ordentliche Gerichte) — leis prussianas de 6.5.1797 e 26.12.1808. As questões entre os cidadãos e as autoridades passaram a ser resolvidas nos tribunais comuns.

Quanto à teoria do Fisco, imaginada para uma concepção de Estado diferente — Estado identificado com o príncipe —, sofreu uma alteração. O Fisco já não era uma entidade autónoma, vivendo a paredes-meias com o Estado.

⁽²⁰⁾ *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, publ. de 1832 a 1834, foi a primeira obra a utilizar, no arsenal conceitual jurídico-político, a expressão «Rechtsstaat». Porém, só muito mais tarde viria a ser utilizada em diploma legal — artigo 3.º da Constituição da Baviera de 2.12.1946. Cfr. *Rechtsstaat*, in *Staatslexikon*, p. 686.

⁽²¹⁾ Para Robert von Mohl, um dos objectivos do Estado de Direito era precisamente a protecção da liberdade, da segurança e do bem-estar dos cidadãos (Staatsteilnehmer) contra abusos da autoridade. O Estado de Direito nasceu, assim, sob o signo de uma ideia material de Direito.

⁽²²⁾ O Estado Constitucional tem a sua origem numa «tendência negativa», na necessidade de pôr cobro ao arbítrio do poder público. Sobre esta «tendência negativa», v. Otto von Sarwey, *La giustizia nell'amministrazione e l'ordinamento burocratico*, in Biblioteca di Scienza Politiche, organizada por Attilio Brunialti, 2.ª série, vol. VIII, 1902, p. 541 e ss.

⁽²³⁾ Cfr. Klaus Vogel, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Gerichtsschutz gegen die Executive*, 1969, vol. I (publ. Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht), p. 129; e Robert von Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Erlangen, 1855, 2.º vol., p. 268. Von Mohl, chamando em especial a atenção para a influência, no direito estadual alemão, da luta inglesa pela liberdade, da revolução francesa e da independência das colónias inglesas da América, conclui que o Estado de Direito é uma das características essenciais do Estado Constitucional (*Handhabung der gesammten Staatsgewalt im Sinne und Zwecke des Rechtsstaats*), p. 20 e ss. e 267.

a ser uma das facetas em que a realidade estadual podia ser encarada: a faceta patrimonial.

A par desta evolução que retomou a tradição do velho Estado de Justiça mas conseguiu dar resposta às novas solicitações do Estado de Direito e que teve por cenário o norte da Alemanha, processou-se, no sul da Alemanha, uma evolução inversa.

Por influência das ideias revolucionárias francesas, em especial da separação de poderes ⁽²⁴⁾, os estados do sul da Alemanha vão dar origem a um controlo interno da Administração ⁽²⁵⁾. Württemberg criou, em 1819, o Conselho Secreto (Geheimer Rat), Bayern, o Conselho de Estado (Staatsrat), e Hessen-Darmstadt, o tribunal de justiça administrativa (Administrativjustizhof), todos decalcados do modelo francês do Conseil d'État ⁽²⁶⁾ ⁽²⁷⁾. Baden preferiu confiar a tarefa de controlo aos próprios ministros ⁽²⁸⁾.

Renitente à aceitação de um controlo interno da administração, talvez pela recente experiência das «câmaras de justiça» ⁽²⁹⁾, o norte da Alemanha só ao

⁽²⁴⁾ Para uma visão geral sobre a influência da teoria política francesa na Alemanha no período pós-revolucionário, Rudolf Gneist, *Lo stato secondo il diritto*, in Biblioteca di Scienza Politiche, 1ª série, 1892, p. 1251-1273.

⁽²⁵⁾ Ao mesmo tempo que se assistia ao nascimento do controlo interno verificava-se uma diminuição significativa da intervenção dos tribunais comuns no âmbito das relações entre os súbditos e as autoridades. Apesar da diminuição substancial, mantiveram-se sob controlo dos tribunais comuns as questões relacionadas com os contratos administrativos e as acções de responsabilidade extracontratual da Administração. V. Jean Marie Auby e Michel Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la CEE*, 1971, p. 12 e ss. Sobre a influência francesa na Alemanha do Sul, Axel Görnitz, ob. cit., p. 43.

⁽²⁶⁾ Klaus Vogel refere, a propósito da solução adoptada em Württemberg, que, embora «de iure» o Conselho Secreto fosse um órgão dependente, de facto não o era (ob. cit., p. 130, em nota). Sobre as soluções adoptadas nos Estados do Sul da Alemanha, Otto Bachof, *La jurisdicción administrativa en la Republica Federal Alemana*, in Revista de Administracion Publica, ano IX, nº 25, 1958, p. 290.

⁽²⁷⁾ Os controlos internos eram essencialmente a representação (Gegenvorstellung), a oposição (Einspruch), o recurso hierárquico (Beschwerde) e a denúncia (Anzeige). Para mais desenvolvimentos destes meios de controlo interno, Fezas Vital, *Garantias Jurisdicionais da Legalidade na Administração Pública: França, Inglaterra, U.S.A, Bélgica, Alemanha, Itália, Suíça, Espanha e Brasil*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. XIV, p. 87.

⁽²⁸⁾ Sobre a fórmula adoptada em Baden, de auto-administração, Otto von Sarwey, ob. cit., p. 683 e ss.

⁽²⁹⁾ Nos primórdios do século XIX, na Alemanha do Norte, a fiscalização da actividade administrativa estava nas mãos dos tribunais comuns.

longo do século XIX e por acção de diferentes leis foi retirando aos tribunais comuns e entregando a órgãos administrativos o controlo da actividade da administração.

Mantiveram-se, assim, diferenciadas as linhas evolutivas dos esquemas organizacionais de controlo da administração do norte e do sul da Alemanha, embora tenham sofrido uma inversão evolutiva ⁽³⁰⁾.

3. A fórmula francesa, adoptada nos Estados do sul e da média Alemanha, breve começou a ser contestada.

Voltar à tradicional fiscalização dos tribunais comuns foi a solução proposta por um jurista de nomeada, Otto von Bähr. Opondo-se à interpretação heterodoxa da separação de poderes feita pelos revolucionários franceses e seguindo a linha do Estado de Justiça, Otto von Bähr concebeu o Direito Administrativo como um direito societário (*Genossenschaftsrecht*) ⁽³¹⁾, de índole privatística. O seu objecto residiria nos direitos e deveres dos membros da sociedade (sócios) e a sua essência estaria na protecção da esfera jurídica individual de cada sócio ⁽³²⁾. Neste contexto, a protecção jurídica dos cidadãos (sócios) não podia ser obra da própria Administração, «porque não é possível que uma e a mesma pessoa física que decide subjectivamente sobre os interesses por ela representados na actuação diária possa proferir sentenças sob o ponto de vista do direito objectivo» ⁽³³⁾. O poder de julgar tinha de estar separado do

⁽³⁰⁾ Cfr. Fritz Fleiner, ob. cit., p. 190.

⁽³¹⁾ Otto von Bähr, *Der Rechtsstaat*, 1961 (reimpressão da edição publicada em 1864), p. 18 e ss. (cap. subordinado ao tema «Das öffentliche Recht und seine Grundlage, das Genossenschaftsrecht»). Este interessante estudo de Otto von Bähr está traduzido para o italiano *Lo Stato Giuridico*, in Biblioteca di Scienza Politiche, 1.ª série, vol. VII, 1891, p. 285 e ss. (o cap. em causa inicia-se na p. 298).

⁽³²⁾ O fundamento da vida do Estado é idêntico ao fundamento necessário à constituição de uma associação voluntária — uma lei fundamental, uma Constituição. Só que, enquanto na associação voluntária a lei fundamental, isto é, os seus estatutos, contem todo o modo de actuar da associação, no Estado há necessidade de normas que completem e desenvolvam a lei fundamental. Porém, diz Otto von Bähr, os direitos constantes das normas fundamentais, em qualquer dos casos, têm idêntica natureza — direitos dos sócios. V. Otto von Bähr, *Der Rechtsstaat*, p. 48, *Lo Stato Giuridico*, p. 319.

⁽³³⁾ *Der Rechtsstaat*, p. 54; *Lo Stato Giuridico*, p. 323. Para Otto von Bähr, a posição da autoridade administrativa perante a lei e o direito é idêntica à que os particulares ocupam. «Todos nós nos movemos numa esfera relativamente livre no interior da qual não é o direito mas o nosso interesse, o nosso bem pessoal, que determina positivamente a nossa actuação.» V. *Der...*, p. 52; *Lo Stato...*, p. 322.

poder de decidir. Os tribunais, representantes da ideia objectiva de direito, seriam as entidades melhor colocadas para empreender a tarefa de defesa dos direitos dos cidadãos.

Ao que acaba de ser dito acresce que Otto von Bähr não via razão para autonomizar do direito comum este «direito societário», pelo que não poderia nunca preconizar uma jurisdição autónoma da comum.

A solução proposta por Otto von Bähr, se bem que acolhida no artigo 182.º da Constituição do Reich, de 28 de Março de 1849 — «Die Verwaltungspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte»⁽³⁴⁾ —, não foi posta em prática, certamente pelo peso efectivo da influência doutrinal francesa.

4. Em 5 de Outubro de 1863 Baden criou o primeiro tribunal administrativo (Verwaltungsgerichtshof), dando início a uma nova fórmula que ficava a meio caminho entre o sistema francês da época e o sistema actual dos países de tradição continental: vários níveis de controlo interno da administração e possibilidade de recurso para um verdadeiro tribunal, especializado em questões administrativas, que decidia em última instância⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾.

Não deixa de ser interessante notar que muito embora a fórmula adoptada em Baden fosse original, a comissão encarregada de elaborar o texto legal que criou o tribunal administrativo, chefiada pelo professor J. C. Bluntschli, de Heidelberg, se afirmou fortemente influenciada pelo sistema francês na escolha do sistema de controlo da administração⁽³⁷⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. Paul von Husen, *Verwaltungsrechtsschutz*, in *Staatslexikon*, vol. VIII, p. 248: «In Deutschland ging zunächst § 182 von Paulskirchegesetz von einheitlichen Justizstaat aus.»

⁽³⁵⁾ As instâncias inferiores de controlo eram constituídas por funcionários administrativos que, enquanto julgadores, eram independentes e só sujeitos à lei. Não tinham, contudo, quaisquer garantias pessoais de independência. V. C. H. Ule, *Verwaltungs...*, p. 2.

⁽³⁶⁾ A jurisdição administrativa nascente era vista como um «tertium» ao lado da justiça e da administração. Cfr. Axel Görlitz, *ob. cit.*, p. 29.

⁽³⁷⁾ Cfr. Klaus Vogel, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Gerichtsschutz gegen die Executive*, vol. I, publ. Max-Planck Institut für Ausländisches Recht und Völkerrecht, 1969, p. 130 e Otto von Sarwey, *La giustizia nell'amministrazione*, in *Biblioteca di Scienza Politiche*, 2.ª série, vol. VIII, 1902, p. 627-628. Para Bluntschli, o princípio que orienta o governo é «a conservação e fomento da prosperidade pública» e o que guia a administração judiciária é a manutenção da justiça entre os particulares. Daí que Bluntschli defenda a necessidade de tribunais administrativos especiais, dada a diferente natureza das controvérsias.

Com a criação do primeiro tribunal administrativo ficou definitivamente adquirida a ideia de que a actuação da máquina estadual tinha a ver com um direito novo, diferente do comum, cuja singularidade exigia uma jurisdição especializada.

Para este passo fundamental da história da fiscalização da administração alemã contribuíram, de forma decisiva, a obra de F. F. Mayer, «Grundzüge des Verwaltungsrechts und Rechtsverfahren» (1857) — segundo Harmut Maurer a primeira representação dogmática do Direito Administrativo alemão — bem como a de Rudolf Gneist⁽³⁸⁾ e Robert von Mohl⁽³⁹⁾, defensores da autonomia da jurisdição administrativa pela singularidade do direito que determinava a actuação da administração.

O exemplo de Baden foi seguido na Prússia, Hessen, Württemberg e Bayern, respectivamente em 1872, 1875, 1876 e 1878. Hamburg e Bremen adoptaram a fórmula da jurisdição administrativa durante a República de Weimar.

5. Falar nos órgãos que fiscalizam a actividade administrativa não basta para compreender toda a realidade do controlo da Administração deste período. É que à fiscalização pode subjazer uma de duas ideias: a defesa e garantia dos direitos subjectivos dos particulares ou a defesa da legalidade objectiva.

(38) Rudolf Gneist foi apelidado «pai da jurisdição administrativa» (Vater der Verwaltungsgerichtsbarkeit) — V. Axel Görlitz, ob. cit., p. 31. A obra fundamental de Rudolf Gneist, *Der Rechtsstaat*, 1966 (reedição da obra publ. em 1872), está traduzida para o italiano, *Lo Stato secondo il diritto*, in Biblioteca di Scienza Politiche, vol. VII, 1891, p. 1139 e ss. Veja-se a interessante concepção de R. Gneist sobre o Estado como «postulado moral do homem», ao lado da sociedade, baseada nas suas necessidades. A «prosperidade material não é senão um meio para atingir um fim: todos os milagres da civilização actual não têm valor se não servirem para sublimar a consciência moral do homem» — *Lo Stato...*, p. 1158.

(39) *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, 3.º vol., 1858, em especial p. 193 e ss. Robert von Mohl impressiona pela vastidão de conhecimentos que demonstra. Particularmente no que ao direito francês respeita, não há obra ou autor que não cite e em particular analise — a influência que o direito e a doutrina francesas exerceram sobre este autor é nítida. R. von Mohl justificava a necessidade de jurisdições administrativas com o facto de os tribunais ordinários estarem vocacionados para a resolução de litígios entre cidadãos e não para a resolução de conflitos entre cidadãos e autoridades.

Ora, no período de que se fala, desde cedo se desenharam duas linhas de evolução diferentes, uma na Alemanha do Sul ⁽⁴⁰⁾ e outra na Alemanha do Norte.

Preocupada com a defesa das posições jurídicas dos particulares ⁽⁴¹⁾, a Alemanha do Sul adoptou um contencioso de tipo subjectivo, reservando aos tribunais administrativos, através de uma cláusula geral, a protecção dos direitos subjectivos dos particulares — sistema da cláusula geral (Generalklauselsystem). A Alemanha do Norte, pelo contrário, retomando o pensamento que presidiu à criação da justiça camaralista, optou por um controlo de tipo objectivo que se reflectiu, ao nível da delimitação das competências dos tribunais administrativos, numa enumeração legal, taxativa, das matérias sujeitas a controlo pelos tribunais administrativos — sistema da enumeração (Zuständigkeitskatalogssystem, Enumerationsystem) ou sistema prussiano ⁽⁴²⁾.

O fundamento teórico do sistema da Alemanha do Sul encontra-se na obra de Otto von Sarwey ⁽⁴³⁾.

Otto von Sarwey entendia que um direito especial, o administrativo, regulava a actividade da Administração e as relações entre esta e os cidadãos. Este direito novo dotava os cidadãos de especiais direitos em face da Administração, apesar das prerrogativas de autoridade que a esta igualmente atribuía.

Ora, afirmava Otto von Sarwey, se os cidadãos detinham direitos, tinham também de ter a possibilidade de recorrer aos tribunais quando aqueles fossem violados. Essa possibilidade não podia ser denegada, se se demonstrasse a existência de lesão de um direito na esfera jurídica do recorrente ⁽⁴⁴⁾. Daí a opção da cláusula geral como meio de definir a competência dos tribunais administrativos. E Sarwey rematava a sua construção — consagrada legislativamente em Württemberg — afirmando que a actividade controladora dos tribunais

⁽⁴⁰⁾ O maior território a adoptar o sistema da cláusula geral foi Württemberg.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungs...*, p. 3; Axel Görlitz, ob. cit., pág. 29 e ss.; Jean Marie Auby e Michel Fromont, ob. cit., p. 14.

⁽⁴²⁾ Cfr. Otto Bachof, *La jurisdiccion...*, p. 291.

⁽⁴³⁾ Ob. cit., em especial p. 1055 e ss. É a natureza do direito que está em causa no litígio que determina a competência dos tribunais comuns e dos administrativos.

⁽⁴⁴⁾ A defesa contra actuações da Administração que não lesassem direitos subjectivos dos particulares era empreendida pela própria Administração.

administrativos se deve limitar à mera análise da regularidade legal da actividade administrativa, sem entrar no mérito dessa actuação (âmbito da discricionariedade), «sob pena de inverter todo o organismo estadual» (den ganzen Staatsorganismus umkehren) (45).

Mas se o teórico do sistema da cláusula geral foi Otto von Sarwey, o teórico do sistema prussiano foi Rudolf Gneist. Defendendo também, como Otto von Sarwey, a autonomia do direito administrativo em face do direito comum, Rudolf Gneist concebeu o controlo da actividade administrativa de modo diferente — os órgãos de fiscalização deveriam integrar a Administração e desenvolver essa actividade segundo um processo jurisdicionalizado (46). Reconduzindo a fiscalização da actividade administrativa às antigas câmaras de justiça prussianas (Justizkammer) — o autor referia que «a agora chamada jurisdição administrativa não passa de um novo nome para uma coisa velha» (die jetzt sogennante Verwaltungsjurisdiction nicht mehr als ein neuer Name für eine alte Sache ist) — Gneist não reconhecia aos cidadãos verdadeiros direitos subjectivos públicos de recurso, mas simples posições processuais, de índole formal. Nesta ordem de ideias se compreende que Gneist tivesse concluído ser inútil distinguir, ao nível da análise fiscalizadora, a vinculação legal da actividade administrativa e a discricionariedade. Sendo o controlo da actividade administrativa exercido por uma instância jurisdicionalizada integrada na Administração, nada impedia que sobre todos os aspectos da definição do interesse público a prosseguir pela Administração — legais ou de mérito — incidisse um controlo (47).

A diferença entre os sistemas da cláusula geral e prussiano e as consequências daí resultantes ao nível das competências do juiz administrativo, da intensidade do controlo e dos princípios processuais que regem o processo

(45) É extremamente interessante o pormenorizado estudo de Otto von Sarwey sobre a jurisdição administrativa na Alemanha, cuja «actualidade» surpreende. V., em especial, p. 850-1133.

(46) Sobre o sistema da Alemanha do Norte, Jean Marie Auby e Michel Fromont, ob. cit., p. 13. Quanto à concepção Rudolf Gneist, ver, deste autor, *Lo Stato secondo il diritto*, in Biblioteca di Scienza Politiche, 1.ª série, vol. VII, 1891, p. 1141 e ss. e considerações de Otto von Sarwey sobre a obra de Rudolf Gneist, ob. cit., p. 632-638, em especial p. 635.

(47) Cfr. Axel Görlitz, ob. cit., p. 49.

administrativo marcou uma dualidade de concepções que praticamente se manteve até 1933 ⁽⁴⁸⁾ e inviabilizou a criação de um tribunal administrativo central.

4. O Constitucionalismo Parlamentar. A Constituição de Weimar

A situação descrita não foi substancialmente alterada durante a República de Weimar.

O projecto de um tribunal administrativo federal, ideia que nascera antes mesmo da Guerra de 1914-18, não conseguiu concretizar-se, apesar da Constituição de Weimar (1919) prever (artigo 107.º) a constituição de tribunais administrativos ⁽⁴⁹⁾. A razão ficou fundamentalmente a dever-se às dificuldades de harmonização dos dois sistemas de fiscalização da Administração antes focados, o que à partida implicava uma forte vontade política dos vários estados e, conseqüentemente, um esforço acrescido para a realização do projecto.

À defesa do sistema da cláusula geral, consagrado na Alemanha do Sul, se associaram autores como Walter Jellinek e Fritz Fleiner.

Quanto à concepção prussiana de um controlo administrativo interno com processo jurisdicionalizado (*Justizförmlichen Kontrolle der Verwaltung*) não teve, neste período, grandes defensores, sendo, pelo contrário, muito contestada.

5. O Nacional-Socialismo

A filosofia subjacente ao Estado Nacional Socialista, aproveitando «a abertura» para o Estado de Direito Formal permitida pelo idealismo alemão — justificação objectiva do Estado —, aceitou fórmulas de organização estadual completamente alheias à ideia de Direito.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Axel Görlitz, *ob. cit.*, p. 49. Desvalorizando a diferença entre os sistemas do norte e do sul da Alemanha, cfr. Jean Marie Auby/Michel Fromont, *ob. cit.*, p. 15.

⁽⁴⁹⁾ Jellinek e Fleiner defendem, contra a opinião dominante da época, que esta disposição da Constituição de Weimar não impõe expressamente a instituição de tribunais administrativos para o julgamento das questões administrativas. Apud Fezas Vital, *Garantias...*, p. 88, nota 2.

O que se acaba de dizer não significa que, dentro da filosofia nacional-socialista, o Führer estivesse ou devesse estar desvinculado do Direito. Pelo contrário. Ele estava ligado a uma ideia objectiva, exercendo um poder que não lhe pertencia e que era a própria encarnação do «espírito do povo» (Volkgeist). Só que o único e válido intérprete desse «espírito» da força objectiva que dimanava do povo e em que o direito se traduzia era o Führer. Consequentemente, o direito desnaturou-se, apresentado-se como a própria imagem do poder. Era um direito que se deixava vencer perante o simples poder, um direito que não podia exercer a sua função.

Acresce que no Estado Nacional Socialista o poder jurisdicional não aparecia diferenciado do poder executivo e do poder legislativo. Todos se apresentavam como formas diferentes de exercício do mesmo poder, o do Führer (Führergewalt). Por outras palavras, o Führer era «o titular supremo das funções da comunidade»⁽⁵⁰⁾ ⁽⁵¹⁾. Retomavam-se as fórmulas ultrapassadas do Estado de Polícia.

No que à jurisdição administrativa respeita, o período do nacional-socialismo caracterizou-se por uma substancial diminuição das competências dos tribunais administrativos. Esta evolução culminou em 1939 com uma ordem do Führer exigindo a subordinação dos recursos jurisdicionais à prévia autorização da Administração. Com esta ordem se esvaziou o já diminuto sentido da jurisdição administrativa — é significativo o facto do tribunal administrativo de Baden ter, em Maio de 1945, unicamente três assuntos para julgar⁽⁵²⁾.

Não obstante este estado de coisas, o primeiro tribunal administrativo federal (Reichsverwaltungsgericht) foi criado em 3 de Abril de 1941, o que pode surpreender, dada a filosofia da época. A verdade, porém, é que as razões justificativas da criação do primeiro tribunal administrativo federal nada têm a ver com uma maior defesa dos direitos dos particulares face à Admi-

⁽⁵⁰⁾ A. Rodrigues Queiró, *Teoria dos Actos do Governo*, p. 99. Sobre a jurisdição administrativa no período nacional-socialista, Otto Bachof, *La juridiction...*, p. 294 e ss.

⁽⁵¹⁾ Num Estado ao serviço do todo, as pretensões individuais teriam, inevitavelmente, diminuto valor. Sobre a concepção da jurisdição administrativa no período do nacional-socialismo como realização da ordem correspondente ao espírito do povo, Axel Görnitz, p. 49 e ss.

⁽⁵²⁾ Sobre o período do nacional-socialismo, Georg Dahm, *Droit, Tribunaux et Législation dans l'Allemagne National-Socialiste*, in «Quelques Aspects du Droit Allemand», 1943.

nistração, correspondendo tão-só, e por um lado, ao sempre presente princípio centralizador do Führer e, por outro, à fusão dos tribunais administrativos especiais federais com o tribunal administrativo superior prussiano⁽⁵³⁾. Na sua curta existência nunca o tribunal administrativo federal desenvolveu papel digno de nota no âmbito da protecção dos direitos e interesses legítimos dos particulares.

6. O Pós-Guerra

As experiências vividas durante o período do nacional-socialismo acordaram o espírito justicialista tradicional alemão das profundezas a que tinha sido lançado e despertaram-no para a absoluta necessidade de um direito que partisse da dignidade da pessoa humana e se encontrasse acima e por detrás do próprio Estado. Importava construir um Estado que fosse o reverso do anterior, importava lançar mão de um Direito com uma materialidade imanente que não mais prestasse homenagem às simples relações fácticas de poder, importava reconstruir uma pátria onde o ultrapassar das fronteiras do Direito, assim entendido, fosse objecto de fiscalização por órgãos independentes. Importava, numa palavra, fazer renascer a esperança.

No que à fiscalização da actividade administrativa respeita, a obediência a estes objectivos começou com a restauração das competências dos tribunais administrativos em todas as zonas ocupadas⁽⁵⁴⁾.

(53) O tribunal administrativo federal corresponde à fusão do tribunal administrativo prussiano (Oberverwaltungsgericht) com o tribunal disciplinar do Reich (Reichdienstrathof), o tribunal económico-administrativo do Reich (Reichwirtschaftsgericht), o tribunal administrativo de Viena (Verwaltungsgerichtshof), o tribunal superior das águas, o tribunal de indemnizações (Entschädigungsgericht) e a câmara de indemnizações de guerra do Reich (Reichskriegschädenamt). V. Carl H. Ule, *La Reforma Administrativa en Alemania*, 1967, p. 25.

(54) O artigo 1º da Lei de 14.10.1946 do Conselho de Controlo (Kontrollrat) determinava a reorganização dos tribunais administrativos. Porém, a reorganização da jurisdição administrativa, como se verá, não obedeceu a um plano unificado. Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, Setembro de 1957, p. 598.

Em 1945, os militares americanos criaram uma comissão chefiada pelo professor Walter Jellinek ⁽⁵⁵⁾, de Heidelberg (Heidelberg Ausschuss), encarregada de elaborar um projecto de lei sobre a jurisdição administrativa, a qual entraria em vigor em Bayern, em 25 de Setembro de 1946, Baden-Württemberg, em 16 de Outubro de 1946, Hessen, em 15 de Novembro de 1946, e Bremen, em 5 de Agosto de 1947.

Por seu turno, a zona de ocupação britânica já antes tinha reorganizado os tribunais administrativos, embora a lei processual, reguladora do contencioso administrativo, elaborada por peritos alemães sob a presidência do juiz Rucheweg, de Hamburg, só entrasse em vigor nesta zona em 1948 ⁽⁵⁶⁾. Até essa data as regras processuais adoptadas por estes tribunais eram dirigidas por uma «comissão de consulta para o direito público» ⁽⁵⁷⁾.

A zona de ocupação francesa não se furtou também a este movimento de reestruturação dos tribunais administrativos no período de 1946 a 1950 ⁽⁵⁸⁾.

De comum à legislação do contencioso administrativo das três zonas de ocupação encontra-se a opção pela solução da cláusula geral e, bem assim, a consagração do princípio do duplo grau de jurisdição. Em consequência da situação constitucional que a Alemanha vivia, não se criou um tribunal cuja competência excedesse as fronteiras de um território ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵⁾ Axel Görlitz, ob. cit., p. 53.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Carl H. Ule, *La Reforma...*, p. 29; e Otto Bachof, *La jurisdiccion...*, p. 292.

⁽⁵⁷⁾ Eyermann-Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung-Kommentar*, 8 Auf., p. 57.

⁽⁵⁸⁾ Axel Görlitz, ob., cit., p. 54.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Carl H. Ule, *La Reforma...*, p. 30. O modelo de jurisdição adoptado em geral foi o que vigorava em Württemberg antes da Guerra, teorizado por Otto Sarwey.

CAPÍTULO II

AS GARANTIAS DE DEFESA JURISDICIONAL DOS PARTICULARES CONTRA ACTUAÇÕES DO PODER EXECUTIVO. A ACTUALIDADE

1. A Constituição de Bonn

Com a aprovação da Constituição de Bonn, em 23 de Maio de 1949, os estados alemães consolidaram as ideias que tinham germinado logo no final da guerra.

Consagrando no artigo 1.º o princípio da intangibilidade da dignidade humana — «Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt» —, dignidade que se torna a base e o limite de todo o poder estadual (1), a Constituição de Bonn lançou os alicerces de um verdadeiro Estado de Direito Material. O cidadão deixa de ser encarado como súbdito e passa a deter direitos que não só devem ser reconhecidos pelo Estado como devem por ele ser salvaguardados. Concomitantemente, impede-se o exercício de poderes livres por parte do Estado, agora vinculado à totalidade dos direitos fundamentais da pessoa humana. Ao mesmo tempo permite-se o recurso jurisdicional a todo o indivíduo que se considere lesado nos seus direitos pela actuação do poder público.

Esta nova filosofia de Estado vai ter reflexos nos deveres da Administração em decisões onde o poder discricionário se faça sentir (2) e na posição do

(1) Cfr. Christian Starck, *Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat*, in *Juristen Zeitung*, n.º 14, 1981, p. 457-463.

(2) Para além do interesse público a Administração tem de atender aos interesses particulares dos implicados na decisão.

particular no processo administrativo gracioso⁽³⁾, ao mesmo tempo que impede concepções puramente objectivas da jurisdição administrativo⁽⁴⁾.

Legitimando democraticamente o poder executivo, — «Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus» (artigo 20º, n.º 2) — a Constituição vincula-o, de seguida, à lei e ao Direito — «die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden» (artigo 20º, n.º 3) — e completa o quadro sujeitando a actividade administrativa ao controlo jurisdicional — «Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen» (artigo 19º, n.º 4)⁽⁵⁾. O poder executivo fica, no dizer de Harmut Maurer, «entre o poder legislativo determinante e a jurisdição controladora»⁽⁶⁾.

E uma última referência é feita pela Constituição de Bonn à problemática do controlo da Administração no artigo 95º, ao prever, ao lado da jurisdição constitucional, da jurisdição comum e da jurisdição do trabalho, e integrando o poder judicial, uma jurisdição administrativa de natureza geral e duas de natureza especial, em matéria financeira e social⁽⁷⁾⁽⁸⁾.

As constituições dos Estados Federados, de um modo geral, limitaram-se a reafirmar os princípios da Constituição de Bonn.

Com relevo em matéria de contencioso administrativo refira-se ainda a atribuição de competência legislativa, no âmbito da organização judicial e do processo jurisdicional, ao Estado Federal (artigo 74º, n.º 1 da Constituição),

(3) Direito a ser ouvido ao longo do processo, direito a ser informado das decisões que lhe digam directamente respeito, etc.

(4) Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungs...*, p. 4.

(5) A garantia de acesso a tribunal a todos quantos se sintam lesados nos seus direitos vai conduzir à consagração legal do sistema da cláusula geral.

(6) *Verwaltungsrecht*, 1982, p. 67.

(7) A estas jurisdições previstas constitucionalmente vieram juntar-se a jurisdição disciplinar, a militar e a das patentes. Dentro das diferentes ordens de jurisdição pode haver ainda especializações: tribunais de menores, tribunais rurais, etc. Para mais desenvolvimentos, Klaus Vogel, ob. cit., p. 146-147. A diversidade de vias jurisdicionais tem uma explicação histórica. Cfr. quanto às jurisdições social e financeira, Johann Schmidt, *La protection juridique face à l'Administration en République Fédérale d'Allemagne*, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1983, vol. XLIX, n.º 1, p. 198.

(8) Será inconstitucional a lei que, num Estado Federado, atribua à Administração o controlo da sua actuação e também a lei que confie um tal controlo à jurisdição comum.

assim se impedindo a dispersão legislativa sobre o contencioso administrativo, característica dos períodos anteriores.

A unificação legislativa viria a concretizar-se em 1960, na sequência do alerta lançado pelos presidentes dos tribunais administrativos, reunidos em Colónia em Setembro de 1949, junto do Governo, o quais demonstraram a necessidade de uma lei federal de organização da jurisdição administrativa. O Governo criou de imediato um grupo de trabalho, composto pelos presidentes dos tribunais administrativos e por elementos designados pelo Ministro da Administração Interna, que logo em 1951 apresentou uma proposta de lei sobre a matéria. Depois de várias alterações, essa proposta foi aprovada em 9 de Dezembro de 1960, dando origem à *Verwaltungsgerichtsordnung*, abreviadamente *VwGO* ⁽⁹⁾.

Entretanto, em 23 de Setembro de 1952, era criado o Tribunal Administrativo Federal, com sede em Berlim ⁽¹⁰⁾.

2. A Organização dos Tribunais Administrativos

2.1. Os tribunais administrativos

Desenvolvendo o disposto na Constituição, a *VwGO* determina que os tribunais administrativos são órgãos independentes da Administração — «A jurisdição administrativa é exercida através de tribunais independentes e separados dos órgãos da Administração» (artigo 1.º) ⁽¹¹⁾.

Quanto à organização dos tribunais administrativos e paralelamente ao que acontece na jurisdição comum, a *VwGO* prevê três instâncias — «... ao nível dos Estados federados, tribunais administrativos de primeira instância

⁽⁹⁾ Sobre o relevante papel da *VwGO* como elemento unificador da regulamentação, Carl H. Ule, *La Reforma...*, p. 136 e *Verwaltungsverfahren...*, p. 600. Sobre as mais controversas questões que se colocaram a propósito da elaboração da *VwGO*, Axel Görlitz, *ob. cit.*, p. 57-61.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Otto Bachof, *La jurisdicción...*, p. 293. Com a criação do Tribunal Administrativo Federal a jurisdição administrativa adquiriu uma terceira instância. V. Carl H. Ule, *Verwaltungsverfahren...*, p. 598.

⁽¹¹⁾ Sobre a constituição dos tribunais administrativos, Axel Görlitz, *ob. cit.*, p. 63-64.

e um tribunal superior, ao nível do Estado Federal, um tribunal administrativo federal, com sede em Berlim» (12) (13).

A solução das três instâncias tem sido, no entanto, bastante criticada (14), chamando os autores a atenção para a diferença que existe entre as apresentadas nos tribunais comuns e as acções propostas nos tribunais administrativos. É que, normalmente, as acções propostas nos tribunais administrativos dizem respeito a relações jurídicas que já foram objecto de uma decisão por parte do um poder público, a qual pôs termo a um processo onde o particular visado participa. Por outro lado, em certo tipo de acções, já foram mesmo proferidas duas decisões pela Administração, uma vez que a lei exige, antes do acesso a tribunal, uma segunda decisão, que tem lugar no final de um novo processo onde a presença do particular destinatário da actuação é determinante (Vorfahren). Nestas condições, a existência de três graus de jurisdição é entendida como excessiva.

Recentemente, com a entrada em vigor da lei de procedimento administrativo — *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, de 25 de Maio de 1976 (14) — surgiu um novo argumento contra a adopção do triplo grau de jurisdição no contencioso administrativo.

A nova lei veio racionalizar o procedimento administrativo concedendo maiores garantias de defesa aos particulares e contribuindo para a maior correcção da actividade administrativa (15). Por isso parece exagerada a garantia

(12) Artigo 2º da VwGO.

(13) A escolha de Berlim para sede do Tribunal Administrativo Federal obedeceu a uma opção política fundamental. Para mais desenvolvimentos, Klaus Finkelburg, *25 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, Heft 36, p. 1788.

(14) V., por todos, Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 23. Já antes da VwGO, Carl H. Ule defendia esta posição, contrariamente ao que Otto Bachof opinava, in *Verwaltungsverfahren...*, p. 601. A concepção de Carl H. Ule está eminentemente ligada ao modo como o autor entende as relações entre o procedimento administrativo, ou processo administrativo gracioso, e o processo administrativo contencioso.

(15) O facto de a lei de procedimento administrativo se circunscrever à Administração federal retira valor ao argumento, mas não é de menosprezar a influência que tem sobre as legislações dos Estados Federados esta nova lei de procedimento administrativo.

de três graus na jurisdição administrativa ⁽¹⁶⁾. É o que refere, nomeadamente, Paul von Husen — a jurisdição administrativa alemã «sofre de um excesso de tribunais e de um processo demasiadamente longo» ⁽¹⁷⁾.

Na primeira instância existem na Alemanha 35 tribunais administrativos, sendo natural que houvesse tantos tribunais de segunda instância quantos os estados federados. Mas como é muito oneroso, em especial para os estados federados de pequena dimensão, criar um tribunal administrativo de 2.^a instância, a lei permitiu que, por acordo, dois ou mais estados federados constituam um tribunal administrativo superior comum — é o que acontece com Niedersachsen e Schleswig-Holstein que acordaram na criação de um tribunal superior em Lüneburg — e previu ainda outras soluções — união pessoal, por exemplo. Em Hamburg, os Presidente e Vice-Presidente do tribunal superior comum (Oberlandesgericht) são também os Presidente e Vice-Presidente do tribunal superior administrativo (Oberverwaltungsgericht) ⁽¹⁸⁾.

As decisões jurisdicionais são, na Alemanha, tomadas sempre colegialmente ⁽¹⁹⁾, qualquer que seja a jurisdição — administrativa, comum, social, etc.

Os tribunais administrativos de 1.^a instância encontram-se divididos em câmaras e os superiores em senados. Integram os tribunais administrativos um juiz-presidente do tribunal (Präsident), vários juizes-presidentes das câmaras ou

⁽¹⁶⁾ A jurisdição social também comporta três instâncias: duas nos Estados Federados e uma no Estado Federal. A jurisdição fiscal, única que actualmente comporta duas instâncias, está a ser objecto de análise para efeitos de reestruturação, prevendo-se, no entanto, que a mesma venha a integrar também três graus de jurisdição.

⁽¹⁷⁾ *Verwaltungsrechtsschutz*, in Staatslexikon, vol. VIII, p. 252. Sobre o assunto, também Carl H. Ule, *La Reforma...*, p. 139-144. Rolf Grawert, num interessante estudo onde compara a jurisdição italiana com a alemã, conclui ser a demasiada duração dos processos o fenómeno mais preocupante dos dois sistemas. Apresenta estatísticas dos anos 1970 a 1981, na Alemanha, onde resulta claro que, ao lado de um aumento muito grande das acções, que determinou um acréscimo do número de juizes nos tribunais, há uma cada vez menor capacidade de resposta dos tribunais. O aumento das acções em tribunal, segundo o autor, relaciona-se com a maior complexidade das relações sociais e com o alargamento dos interesses dignos de protecção jurídica. *Grenzen und Alternativen des gerichtlichen Rechtsschutzes in Verwaltungstreitsachen*, in Deutsches Verwaltungsblatt, 1 de Outubro de 1983, p. 975 e ss.

⁽¹⁸⁾ Está, no entanto, constitucionalmente proibido confiar à jurisdição comum a resolução dos litígios jurídico-administrativos.

⁽¹⁹⁾ Rolf Grawert defende como medida capaz de aperfeiçoar o sistema jurisdicional, o modelo «Ein-Mann Gericht», embora tal possa implicar um alongar do processo. Ob. cit., p. 981.

senados (Vorsitzende Richter), e, em cada câmara, por força do artigo 5.º n.º 3 da VwGO, três juizes em carreira e dois juizes laicos ⁽²⁰⁾ e de cada senado, por força do artigo 9.º n.º 3 da mesma lei, três juizes de carreira — assim acontece em Baden-Württemberg, Bayern e Saarland — ou três juizes de carreira e dois laicos — é o que acontece em Berlim, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein e Rheinland-Pfalz. Do Tribunal Administrativo Federal não fazem parte juizes laicos, uma vez que este tribunal é, essencialmente, um tribunal de revista — de acordo com o disposto no artigo 5.º n.º 3 da VwGO os juizes laicos só podem intervir no apuramento da matéria de facto, na discussão oral e nas decisões preliminares do processo ⁽²¹⁾.

2.2. O Senado Conjunto (Gemeinsamer Senat)

A fim de obter uma uniformização da jurisprudência das diversas jurisdições, a Constituição de Bonn previu a criação Senado Conjunto, composto pelos juizes de todos os tribunais federais (artigo 95.º n.º 3), com sede em Karlsruhe ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Reivindicada por Montesquieu e Beccaria, a participação de elementos laicos na administração da justiça passou a fazer parte, em especial a partir da segunda metade do século XIX, do conceito de Rechtsstaat, segundo Boguslaw Lesnodorski, professor da Faculdade de Direito de Varsóvia, *Juges professionnels et élément populaire*, in *Révue de Droit Comparé*, 1968, p. 293. Este autor apresenta um estudo comparatístico da participação de laicos na administração da justiça nos séculos XIX e XX, tentando mostrar as vantagens da existência, no mesmo tribunal, de juizes de carreira e de juizes laicos. Sobre as discussões a propósito da intervenção de juizes laicos nos tribunais administrativos de 2.ª instância, Axel Görlitz, ob. cit., p. 59-60.

⁽²¹⁾ Sobre o Tribunal Administrativo Federal como tribunal de revista, Walther J. Habscheid, *Les Cours Supérieures en République Fédérale d'Allemagne et la distinction du fait et du droit devant les juridictions suprêmes en France et en Allemagne*, in *Révue Internationale de Droit Comparé*, 20ème année, 1968, em especial p. 84 e Johann Schmidt, ob. cit., p. 199. O papel do Supremo Tribunal Administrativo consiste fundamentalmente em garantir a uniformidade jurídica do direito federal, daí que os recursos para este tribunal se encontrem limitados a questões materiais importantes (artigo 132.º da VwGO), questões de índole processual (vícios processuais) e contradições entre a decisão do tribunal inferior e anterior decisão do tribunal federal. Em 1.ª e última instância o Supremo Tribunal Administrativo decide também litígios entre o Estado Federal e os Estados Federados ou litígios entre estes últimos, desde que não revistam natureza constitucional.

⁽²²⁾ Sobre o Senado Conjunto (Gemeinsamer Senat), Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 61 e W. J. Habscheid, ob. cit., p. 86. A organização e funcionamento do Senado Conjunto estão regulados na lei de 19 de Junho de 1968.

2.3. Os juizes dos tribunais administrativos

Pode ser juiz de carreira nos tribunais administrativos quem, de acordo com o estatuto dos magistrados (*Richtergesetz*), tiver capacidade para ser juiz de um tribunal comum, isto é, quem possuir a licenciatura em Direito (três anos) e tiver feito três anos de estágios e respectivos exames de Estado. Para se ser juiz do tribunal administrativo federal é ainda necessário ter idade superior a 35 anos.

Os juizes são nomeados vitaliciamente e gozam de inamovibilidade (artigo 15.º da *VwGO*).

A designação de juizes para os tribunais superiores dos Estados Federados é feita pelo Governo ou pelo 1.º Ministro do respectivo Estado e a dos juizes do Tribunal Administrativo Federal é feita pelo Presidente do Estado Federal, por força do artigo 60.º n.º 1 da Constituição. A designação dos juizes de carreira segue-se muitas vezes a uma eleição feita por um colégio eleitoral (*Richterwahlausschuss*)⁽²³⁾ — é o caso dos juizes do Tribunal Administrativo Federal (artigo 95.º n.º 2 da Constituição) e dos juizes de Hessen, Bremen, Hamburg e Berlim.

A comissão que elege os juizes do Tribunal Administrativo Federal é composta pelos ministros da Administração Interna dos Estados Federados e por um número igual de peritos eleitos por escrutínio secreto pelo Parlamento Federal (artigo 95.º n.º 2 da Constituição). São eleitos juizes os que obtiverem a maioria simples dos votos expressos por escrutínio secreto. Após a eleição, o ministro federal da Administração Interna deve aprovar a lista de juizes eleitos e só então o Presidente Federal lhes pode dar posse⁽²⁴⁾.

Quanto aos juizes laicos ou honorários, a lei exige somente que possuam a nacionalidade alemã e tenham mais de 30 anos e, bem assim, que residam há, pelo menos, um ano na área de jurisdição do tribunal para onde forem designados. Não podem, no entanto, ser juizes laicos os deputados, os titulares de órgãos directivos de instituições públicas dos Estados Federados, membros dos governos dos Estados Federados ou do Estado Federal, juizes de carreira,

(23) Sobre a nomeação dos juizes, Klaus Vogel, *ob. cit.*, p. 148.

(24) Sobre o modo de eleição dos juizes dos tribunais superiores federais, ver a lei de 25 de Agosto de 1950, alterada pela lei de 30 de Julho de 1968. Cfr. Klaus Vogel, *ob. cit.*, p. 151-152.

funcionários públicos, oficiais de carreira ou prestando serviço militar obrigatório, advogados, notários e quem exerça outras profissões ligadas ao direito ⁽²⁵⁾. Os juizes laicos são eleitos por 4 anos por um colégio eleitoral, junto de cada tribunal (artigo 26.º da VwGO), de entre uma lista proposta pelos círculos autárquicos — Kreise ou Kreisfreien Städte —, exigindo-se uma maioria qualificada de 2/3 para a sua eleição.

A existência de juizes laicos nos tribunais representa um elemento de democraticidade no exercício da função jurisdicional, muito caro ao povo alemão. Tomam parte na discussão oral, podendo interrogar as partes e as testemunhas, e, mesmo quando no processo não há discussão oral, participam no apuramento da matéria de facto (Urteilsfindung). Não elaboram, contudo, a sentença, nem esta é por eles assinada ⁽²⁶⁾.

A fim de garantir a independência dos juizes a lei criou o Präsidium em todos os tribunais administrativos. Este órgão, composto pelo presidente do tribunal e por 8 juizes, em tribunais com mais de 20 juizes, ou por 4 juizes, em tribunais com menos de 20 juizes ⁽²⁷⁾, distribui os juizes pelas câmaras ou senados, e, antes do início do ano judicial, reparte as tarefas pelas câmaras ou senados. Dentro de cada câmara ou senado é, contudo, o juiz presidente quem distribui os processos pelos juizes.

2.4. Os Representantes do Interesse Público

Junto do Tribunal Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht) a lei previu a existência de um representante do interesse público, dependente direc-

⁽²⁵⁾ Os funcionários públicos reformados, embora a lei nada refira, não podem ser juizes laicos, pois isso iria pôr em causa o princípio que presidiu à participação de leigos nos tribunais administrativos — colaboração de cidadãos não especialistas.

⁽²⁶⁾ Cfr. Boguslaw Lesnodorski, ob. cit., p. 303, para quem o «juiz do nosso tempo, o juiz humanitário, deve viver com a cidade»; na opinião do autor, «ser justo é, em primeiro lugar, estar bem informado», e a informação é o contributo que se espera dos juizes laicos, p. 304. Ver também interessante artigo do Bernd Bender sobre o papel dos tribunais administrativos no âmbito de questões altamente técnicas (direito atómico...), *Der Verwaltungsrichter im Spannungsfeld zwischen Rechtsschutzauftrag und technischen Forschrift*, in Neue Juristische Wochenschrift, 1978, Heft 39, p. 1945-1953.

⁽²⁷⁾ Sobre as tarefas do Präsidium, Carl H. Ule, *Verwaltungs...*, p. 59.

tamente do Governo Federal, de quem recebe ordens (Oberbundesanwalt) (artigo 35.º n.º 1 da VwGO).

Junto dos tribunais administrativos de 1.ª e 2.ª instância, a lei previu somente a possibilidade de existirem representantes do interesse público ⁽²⁸⁾ dependendo de cada Estado Federado a sua institucionalização bem como a fixação da sua competência — competência geral ou especializada para certo conjunto de matérias (artigo 36.º VwGO).

Pode ser representante do interesse público quem tiver, de acordo com o estatuto dos magistrados (Richtergesetz), capacidade para ser juiz de carreira (artigo 37.º VwGO).

É função dos representantes do interesse público apoiar e auxiliar o tribunal na descoberta da verdade material e do direito aplicável, fazendo, em especial, ressaltar a importância do sentido que a decisão do litígio tem para o interesse público. Só excepcionalmente representam a entidade — Estado Federal, Estado Federado ou outra entidade pública — contra quem é movida a acção.

Os representantes do interesse público não podem propôr acções e não têm de participar obrigatoriamente em todos os processos que correm nos tribunais junto dos quais se encontram. Podem, no entanto, opôr-se às decisões do tribunal em processos onde participaram bem como recorrer para o tribunal superior quando as partes desistem do recurso ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Axel Görlitz, ob. cit., p. 65.

⁽²⁹⁾ Sobre o papel do representante do interesse público nos tribunais administrativos, Carl H. Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 68-72. É hoje muito controversa na Alemanha a questão da necessidade ou não de um representante do interesse público junto dos tribunais administrativos.

3. A Competência dos Tribunais Administrativos

3.1. A Consagração Legal do Sistema da Cláusula Geral

Em consequência do princípio consignado no artigo 19.º n.º 4 da Constituição — quem for ofendido nos seus direitos pelo poder público pode recorrer aos tribunais ⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾ —, a fórmula prevista na lei de organização dos tribunais administrativos para a delimitação da competência dos tribunais administrativos segue o sistema da Alemanha do Sul, isto é, o sistema da cláusula geral. Assim, os tribunais administrativos são competentes em todos os litígios de direito público não constitucional desde que nenhuma lei expressamente confira tal competência a outros tribunais (artigo 40.º VwGO), entendendo-se este sistema da cláusula geral como o que melhor responde ao receio de um «aumento da força da Administração no Estado Social actual» (*Machtwachs der Verwaltung im Sozialstaat der Gegenwart*) ⁽³²⁾. Uma protecção jurisdiccional extensa é o reverso da medalha do Estado intervencionista dos nossos dias.

É que ao lado da «Administração agressiva» (*Eingriffsverwaltung*) desenvolve-se a «Administração prestadora de serviços» (*Leistungsverwaltung*), em relação à qual o particular se encontra numa situação de dependência de que não abdica e que, na prática, se apresenta mais «abafante» (*druckend*) do que a «polícia» do velho Estado de Polícia. Não se contesta que um sistema de fiscalização amplo pode ter efeitos «asfixiantes» ou «atrofiantes» no desenvolvimento da actividade da Administração — Nebinger fala do chamado «efeito asmático» do controlo jurisdiccional e da necessidade que a Administração

⁽³⁰⁾ Por vezes permite-se uma acção optativa (*Wahlklage*) — o particular escolhe entre recorrer a um órgão da Administração ou a um tribunal. É o caso previsto nos artigos 17.º e 20.º da *Wehrbundesordnung* — se um militar escolher a via do recurso ao Ministro Federal da Defesa deixa de poder recorrer ao tribunal militar. A doutrina alemã tem aceiteado a constitucionalidade da medida em face do teor do n.º 4 do artigo 19.º da Constituição, dado que o particular tem sempre a possibilidade de escolher a via jurisdiccional. Cfr. Klaus Vogel, *ob. cit.*, p. 133-134.

⁽³¹⁾ O artigo 19.º, n.º 4, da Constituição é chamado o «rochedo de bronze da liberdade do cidadão». Cfr. Johann Schmidt, *La protection juridique face à l'Administration en République Fédérale d'Allemagne*, in *Révue Internationale des Sciences Administratives*, 1983, vol. XLIX, n.º 1, p. 198. A disposição em causa contém, pois, um direito subjectivo público — o direito de recurso aos tribunais em caso de lesão de direitos.

⁽³²⁾ Harmut Maurer, *ob. cit.*, p. 108.

tem de respirar ⁽³³⁾ — tanto mais que a propositura da acção de anulação de um acto administrativo em tribunal suspende os efeitos do acto em causa ⁽³⁴⁾. Mas a falta de prontidão da Administração é largamente compensada pela maior protecção dos direitos do indivíduo ⁽³⁵⁾, ganho que Carl H. Ule reconduz à essência do Estado de Direito — «sem uma cláusula geral do contencioso administrativo o Estado de Direito não se poderia realizar».

Acresce que o controlo jurisdicional amplo tem um efeito preventivo (*Vorwirkung*) que não deve ser menosprezado. Atenta a mera possibilidade de uma acção em tribunal e a conseqüente suspensão dos efeitos dos actos administrativos, a Administração tende a redobrar a atenção sobre a sua actuação em termos de não ultrapassar os limites legais ⁽³⁶⁾, evitando, assim, o recurso a tribunal.

A defesa de um controlo jurisdicional amplo sobre a actividade da Administração, como o que decorre da consagração do sistema da cláusula geral, decorre também do facto desse controlo ser encarado como uma «ajuda criadora» ⁽³⁷⁾ para a Administração, na medida em que os tribunais administrativos, ao fiscalizarem a actividade da Administração, a auxiliam a encontrar a clareza que tantas vezes falta ao complexo sistema legal. Apesar da ausência de um efeito antecipatório geral (*allgemeine antizipatorische Wirkung*) do caso julgado, a actividade de controlo jurisdicional tem um importante papel de orientação geral a desempenhar junto da Administração no âmbito da interpretação e aplicação das leis ⁽³⁸⁾.

⁽³³⁾ Apud Carl H. Ule, *Verwaltungs...*, p. 16. Opondo-se também à excessiva amplitude da cláusula geral, Paul von Husen, *ob. cit.*, p. 252.

⁽³⁴⁾ Ver *infra* p. 448.

⁽³⁵⁾ Os efeitos de travão do controlo jurisdicional perante a actividade administrativa são mais evidentes que no sistema português actual em face da suspensão da eficácia dos actos administrativos em recurso jurisdicional. Há, no entanto, como se verá *infra*, situações em que a eficácia imediata (*sofortige Vollziehung*) é permitida. Sobre os efeitos nefastos da demora na resolução do litígio no âmbito de questões de grande envergadura técnica e industrial, Bernd Bender, *ob. cit.*, p. 1946.

⁽³⁶⁾ Sobre o efeito preventivo da fiscalização jurisdicional, cfr. H. Maurer, *ob. cit.*, p. 88.

⁽³⁷⁾ Paul von Husen, *Verwaltungsrechtsschutz*, in *Staatslexikon*, vol. VIII, p. 252.

⁽³⁸⁾ Sobre o efeito antecipatório geral do caso julgado, Werner Thieme, *Binnen und Aussenkontrolle der Verwaltung in ihrer gegenseitiger Beziehung*, in *Verwaltungsarchiv*, 74 Band, 4 Heft, 1983, p. 308.

3.2. Consequências da Consagração Legal da Cláusula Geral

Perante a consagração legal do sistema da cláusula geral na definição da competência dos tribunais administrativos pode legitimamente perguntar-se se o ordenamento jurídico alemão permite a existência de actos do poder público insusceptíveis de controlo pelos tribunais — *gerichtsfree Hoheitsakte* ⁽³⁹⁾. A questão colocada anda normalmente ligada a três modalidades de actos: actos políticos (*Regierungsakte*), actos de autoridade praticados no âmbito de relações especiais de poder e actos praticados no âmbito de acordos arbitrais.

3.2.1. Em relação aos actos políticos ⁽⁴⁰⁾ pode dizer-se, em síntese, que a Alemanha não conheceu como a França ou mesmo Portugal uma verdadeira teoria dos actos políticos, nascida paralelamente ao controlo dos actos administrativos pelos tribunais e entendida como o «preço político» do progressivo aumento de controlo jurisdicional sobre os actos do poder executivo. A razão perde-se na História, em especial nos séculos XVIII e XIX, encontrando-se hoje directamente ligada ao modo como o legislador constituinte entendeu o problema do controlo jurisdicional. Na verdade, a garantia constitucional de recurso jurisdicional de todos os actos de autoridade que lesem direitos fundamentais dos particulares impede a delimitação de um conjunto de actos por natureza políticos e, em consequência disso, insindicáveis ⁽⁴¹⁾. No ordenamento alemão o problema reside tão só em saber quais são os tribunais competentes para controlar os actos que ferem direitos fundamentais dos particulares qualquer que seja a sua natureza. Ora, com base no disposto no artigo 40.º da VwGO,

⁽³⁹⁾ Cfr. Otto Bachof, *La jurisdiccion...*, p. 304 e Klaus Vogel, *ob. cit.*, p. 135-138.

⁽⁴⁰⁾ Não se confundem, na doutrina alemã, os actos políticos (*Regierungsakte*) com os actos de graça (*Gnadenakte*), que são considerados de natureza não jurídica e, logo, não estão adstritos à garantia do artigo 19.º, n.º 4, da Constituição — Carl H. Ule, *Verwaltungs...*, p. 18, Otto Bachof e Hans Wolff, *ob. cit.*, vol. I, p. 378, Klaus Vogel, *ob. cit.*, p. 137. Igualmente porque não estão sujeitos a nenhuma regra jurídica de parte ficam também as actuações políticas de facto, como é o caso das felicitações de Novo-Ano do Presidente, das visitas de Estado, das entrevistas televisivas, etc.

⁽⁴¹⁾ Recorde-se que a Constituição alemã não faz referência à função política ou de governo. Na primitiva redacção do artigo 21.º tinha adoptado o legislador uma concepção bastante limitativa — legislação, jurisdição e administração — dos poderes do Estado, o que foi corrigido na revisão constitucional de 1956 que substituiu «administração» por «poder executivo».

tem sido entendido que se os actos em causa forem regulados pelo direito público não constitucional são competentes para os analisar os tribunais administrativos; se, pelo contrário, os actos em causa forem regulados pelo direito constitucional, são os tribunais constitucionais os tribunais competentes.

Mas o problema do controlo jurisdicional de actos levanta-se com toda a acuidade a propósito dos actos que não ferem directamente direitos fundamentais e são materialmente políticos. E aqui as opiniões divergem.

Não podendo dedicar a este tema a atenção devida, dado o objectivo do presente trabalho, dir-se-á unicamente que há quem pretenda encontrar na velha jurisprudência da «political question» do Supreme Court dos Estados Unidos o «leit-motiv» para a solução do problema ⁽⁴²⁾ e quem, ultrapassando a questão da sindicabilidade jurisdicional pela afirmativa, se «agarre» a uma ideia de discricionariedade política para concluir dever ser limitado o controlo de tais actos pelos tribunais ⁽⁴³⁾.

3.2.2. Veja-se agora o problema dos actos praticados no âmbito das chamadas «relações especiais de poder» (*besondere Gewaltverhältnisse*) ⁽⁴⁴⁾.

§ Antes de mais, importa referir brevemente o que se entende por «relações especiais de poder» ⁽⁴⁵⁾.

Com a expressão «relações especiais de poder» pretende a doutrina alemã chamar a atenção para as relações mais estreitas que se estabelecem entre a

⁽⁴²⁾ Klaus Vogel, ob. cit., p. 136. Sobre a inadmissibilidade da «political question doctrine», Bernd Eisenblätter, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Prozess*, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts* — Band 29, 1980. A máxima do Supreme Court dos Estados Unidos «The only check upon our own exercise is our own sense of self restraint» é repudiada por G. Leibholz com a invocação de que afirma que tal equivaleria a conceber um poder mais elevado do que o próprio poder constituinte.

⁽⁴³⁾ Peter Badura considera que a função política se inscreve no âmbito da função executiva, no nível em que as questões fundamentais da vida do Estado se colocam. Conclui que, sob pena dos tribunais usurparem a competência que pertence a outros órgãos, o controlo jurisdicional destes «actos políticos» tem de ser limitado — apud Werner Frötscher, *Regierung als Rechtsbegriff*, p. 186. Sobre o problema dos actos políticos, Otto Bachof/Hans Wolff, *Verwaltungsrecht*, vol. I, p. 377 e ss. e Werner Frötscher, *Regierung als Rechtsbegriff*, 1975.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Klaus Vogel, ob. cit., p. 138-140.

⁽⁴⁵⁾ Ver, na doutrina portuguesa, Rogério E. Soares, *Direito Administrativo*, 1980 (policopiado), p. 94-95 e J. Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, p. 242-247.

Administração e todos os que, por trabalharem para ela ou por dela dependerem directamente, se encontram numa posição diferente da que, em geral, um particular ocupa face à Administração. É o que se passa com a relação entre um funcionário e a pessoa colectiva pública em que presta serviço, com a relação entre um estudante e a universidade estadual em que estuda ou, ainda, com a relação que se estabelece entre um preso e a instituição prisional em que se encontra detido.

Tradicionalmente (Otto Mayer, Walter Jellinek) entendia-se que toda a actividade administrativa desenvolvida no âmbito das relações especiais de poder era insusceptível de fiscalização jurisdicional, uma vez que essa actividade se desenrolava no interior da Administração.

Actualmente, porém, já se não pensa assim. Distinguem-se na relação especial de poder duas áreas diferentes ⁽⁴⁶⁾. Uma, a que é costume chamar «relação fundamental» (Grundverhältniss), integra todas as actuações da Administração que afectam a esfera jurídica dos que se inserem nessa relação especial. Outra, a que é costume chamar «relação de serviço» (Betriebsverhältniss), integra as actuações sem relevo directo e imediato na esfera jurídica dos que se inserem nessa relação.

§ Ora, em face do disposto no artigo 40.º da VwGO ⁽⁴⁷⁾, só as actuações no âmbito da relação fundamental estão sujeitas ao controlo pelos tribunais administrativos, com particular relevo para as que se traduzem em actos de admissão ou exclusão da relação especial de poder (ex.: entrada na Universidade, demissão de um funcionário) ⁽⁴⁸⁾ ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ V. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 18.

⁽⁴⁷⁾ A razão justificativa da admissão, em tribunal, de acções de anulação de actos no âmbito da relação fundamental e da sua exclusão em relação a actos que se inscrevem no âmbito da relação de serviço prende-se também com o conceito de acto administrativo. V. *infra*, p. 436.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 18 e Klaus Vogel, *ob. cit.*, p. 138.

⁽⁴⁹⁾ Há quem se oponha a este modo de ver as coisas, predominantemente aceite na doutrina e jurisprudência, chamando a atenção para o facto de existirem, no âmbito das relações de serviço, ordens que podem afectar também os direitos de quem nelas está inserido — todas as que não se incluem nos deveres gerais de obediência (allgemeine Gehorsampflicht) — e que, como tal, por força da cláusula geral do artigo 40.º da VwGO, devem ser objecto de análise pelo tribunal.

3.2.3. Questiona-se ainda se os actos do poder executivo que se inserem em matérias sobre que incidiu um acordo arbitral (Schiedsvertrag) fogem ao controlo dos tribunais administrativos, apesar do disposto no artigo 40.º da VwGO.

Em primeiro lugar, importa esclarecer que o ordenamento jurídico alemão permite acordos arbitrais no âmbito do direito administrativo. Embora o legislador não tenha tomado expressamente posição sobre o assunto, o facto é que o direito subsidiário do direito processual administrativo, o direito processual civil, permite esse acordo desde que as partes possuam o direito de dispôr sobre o objecto do processo (artigo 1025.º da Zivilprozessordnung). Por outro lado, o artigo 106.º da VwGO admite a possibilidade de um acordo no âmbito do direito administrativo, se os interessados puderem dispôr sobre o objecto da acção («soweit sie (die Beteiligte) über den Gegenstand der Klage verfügen können»).

Mas um problema se levanta: quando é que se pode dizer que os interessados podem dispôr sobre o objecto da acção? A resposta tem sido dada pela jurisprudência e doutrina alemãs do seguinte modo: se o legislador conceder à Administração poder discricionário (Ermessen) ou uma margem livre de apreciação (Beurteilungsspielraum), há disponibilidade sobre o objecto do processo. Se tal não acontecer, já a resposta não é pacífica: o tribunal administrativo federal tem decidido pela afirmativa, o tribunal fiscal federal, pelo contrário, nega qualquer hipótese de acordo⁽⁵⁰⁾.

Dir-se-á em conclusão que se for materialmente possível dispôr sobre o objecto do processo, as partes podem acordar que em caso de litígio seja o mesmo analisado por um tribunal arbitral. Se o tiverem acordado, apesar da cláusula geral contida no artigo 40.º da VwGO os tribunais administrativos não serão, neste caso, os tribunais competentes para analisar as actuações do poder executivo⁽⁵¹⁾

(50) Sobre os acordos arbitrais, Klaus Vogel, ob. cit., p. 142 e ss.

(51) Os tribunais orbitais não têm, contudo, competência para se debruçar sobre uma lesão de um direito fundamental, dado que não são verdadeiros tribunais no sentido exigido pelo artigo 19.º, n.º 4, da Constituição. Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 30.

3.3. A Competência dos Tribunais Administrativos e a Lei Expressa Prevendo a Competência de Outra Jurisdição — Comum, Trabalho, Social ou Fiscal.

Já se viu que, por força do artigo 40.º da VwGO, os tribunais administrativos são os tribunais competentes para analisar os litígios de direito público não constitucional, sempre que a lei não atribuir competência a outros tribunais. O facto, porém, é que a referida norma levanta dificuldades de interpretação. Desde logo, quando o artigo 40.º da VwGO refere «litígios de direito público» (*öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten*), excluindo os litígios de direito constitucional, pode perguntar-se se pretendeu atribuir competência aos tribunais administrativos em matéria de direito criminal, direito administrativo, direito internacional público, direito canónico. Por outro lado, em face da relativa indeterminação da cláusula geral que contém, pode perguntar-se também como se solucionam os conflitos positivos e negativos de jurisdição.

3.3.1. Quanto ao primeiro problema, tem-se entendido que o conceito de direito público contido no artigo 40.º da VWGO deve entender-se em sentido estrito, desde logo com exclusão do direito criminal. Por outro lado, e porque os tribunais administrativos constituem uma via jurisdicional interna, parece também dever logicamente excluir-se da sua competência os litígios de direito internacional público. Por outro lado ainda, os litígios que surgem na esfera do direito canónico são considerados pela Constituição como questões da própria Igreja⁽⁵²⁾, pelo que também o direito canónico se não inclui no âmbito do direito público de que o artigo 40.º da VwGO fala.

Resumindo, dir-se-á que embora a disposição contida no artigo 40.º da VwGO estenda a competência dos tribunais administrativos a todos os litígios de direito público não constitucional, deve interpretar-se este preceito num sentido restrito, isto é, referindo-se somente a litígios de direito administrativo.

3.3.2. Quanto à segunda questão enunciada há que ter presente que é igualmente através de uma cláusula geral que o legislador ordinário atribui compe-

(52) É à Igreja que compete criar órgãos jurisdicionais autónomos, bem como definir a sua competência na resolução dos conflitos surgidos no seio do direito canónico.

tência aos tribunais comuns — os tribunais comuns são competentes em todos os litígios de direito privado.

Parece, assim, que a fronteira entre a competência dos tribunais comuns e a dos tribunais administrativos coincide com a fronteira entre os dois grandes ramos do Direito ⁽⁵³⁾. A questão de saber se um determinado litígio deve ser analisado pelos tribunais comuns ou pelos administrativos há-de, conseqüentemente, partir da qualificação que antes se fizer do direito aplicável ao litígio, na falta de lei confiando a resolução dos conflitos a esta ou àquela jurisdição. Daí que se possa dizer que a posição da doutrina e da jurisprudência sobre o que se deve, em cada momento histórico, considerar direito público e privado é determinante para a escolha, pelo demandante, da ordem de tribunais onde se deve propôr a acção.

Mas, esteja em causa a delimitação das competências dos tribunais administrativos e dos comuns ou a competência de outra qualquer ordem de jurisdição, o facto é que os tribunais não estão vinculados à qualificação que o demandante fizer da jurisdição competente, podendo, conseqüentemente, julgar-se incompetentes para decidirem os litígios que lhes são colocados. Quando isto acontece, o demandante deverá solicitar ao tribunal onde propôs a acção o envio do processo para o tribunal que, em sua opinião, é competente, o qual fica, através deste envio (*Verweisung*), vinculado à decisão do tribunal que primeiro decidiu. Deste modo se resolvem no direito alemão os conflitos negativos de competência das diferentes jurisdições ⁽⁵⁴⁾.

Quanto aos conflitos positivos o direito alemão resolve-os conferindo eficácia vinculativa à decisão positiva sobre a competência do tribunal. Por outras

⁽⁵³⁾ Sobre os critérios de distinção do direito público e privado, Egon Christ, *Die Verwaltung zwischen öffentlichen und privaten Recht*, 1984 e Jean M. Auby/M. Fromont, ob. cit., p. 35-36. Sobre as matérias sujeitas à jurisdição administrativa, por virtude da concessão legal de um direito subjectivo público ao particular, Gerd Roellecke, *Die Verwaltungsgerichtbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, Heft 36, p. 1779-1780. Ver, também, casos 19 e 20 apresentados por Volkmar Götz, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, 1985, p. 55 e ss.

⁽⁵⁴⁾ A vinculação do tribunal a quem é enviado o processo à decisão do primeiro tribunal é absoluta. Não pode reenviar para o tribunal que lho enviou nem enviar o processo para um tribunal de outra jurisdição. No entanto, esta vinculação diz só respeito à jurisdição (*Rechtsweg*). Se o tribunal para quem é enviado o processo se considerar incompetente em razão do lugar pode, dentro da mesma via de jurisdição, reenviá-lo para o tribunal competente. A técnica do reenvio permite ao tribunal que primeiro se debruça sobre o processo determinar a via de jurisdição competente para a resolução do litígio. Ver, no entanto, nota n.º 56 da página seguinte.

palavras, a decisão de um tribunal com força de caso julgado sobre a admissibilidade de uma acção vincula todos os outros tribunais.

O sistema está delineado no artigo 41.º VwGO. Baseia-se na ideia de que as várias jurisdições formam um todo — integram um único poder, o poder judicial — e permite resolver os conflitos de competência das diferentes jurisdições com grande celeridade, sem pôr em causa a justeza ou a igualdade das soluções, na medida em que, através do recurso para os tribunais superiores e da actuação do Senado Conjunto (Gemeinsamer Senat), se obtém uma desejável uniformização de toda a jurisprudência ⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾.

3.3.3. A ideia de unidade de todas as jurisdições vai também estar presente no modo de resolução das questões prejudiciais.

Seguindo a filosofia consagrada no artigo 148.º do Código de Processo Civil de 1877 ⁽⁵⁷⁾, o artigo 94.º da VwGO concede ao tribunal onde corre a acção principal a faculdade de optar pela decisão em bloco de todas as questões levantadas no decurso da acção ou pela suspensão da instância até que o tribunal materialmente competente para as questões prejudiciais as decida ⁽⁵⁸⁾. Nada impede, pois, que a título incidental um tribunal administra-

⁽⁵⁵⁾ Sobre o papel do senado conjunto, ver supra página 413 e Auby/ Fromont, ob. cit., p. 28-29, e p. 38-40.

⁽⁵⁶⁾ Há, no entanto, uma excepção ao sistema do reenvio. Trata-se do caso dos tribunais constitucionais — tanto dos Estados Federados como do Estado Federal. Estes não estão vinculados às decisões dos tribunais das restantes jurisdições sobre a sua própria jurisdição. Por outro lado, tratando-se de um litígio para que o tribunal comum se considera incompetente e, em consequência, o envia para o tribunal administrativo, este não se deverá sentir vinculado pelo reenvio se considerar que se trata de um litígio de direito constitucional. A vinculação pelo reenvio, em questões de direito constitucional, não é, pois, absoluta. Veja-se que o artigo 41.º da VwGO só se refere às jurisdições administrativa, comum, social, do trabalho e fiscal. Para mais desenvolvimentos, Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 51.

⁽⁵⁷⁾ «Quando a solução do litígio depende, no todo ou em parte, da existência ou inexistência de uma relação jurídica que é objecto de um outro processo que está a decorrer ou que deve ser estabelecida por uma autoridade administrativa, o tribunal pode ordenar que os debates sejam suspensos até que o outro processo termine ou até que a autoridade administrativa decida». Para mais desenvolvimentos, Jean M. Auby/M. Fromont, ob. cit., p. 37 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Diz o artigo 94.º VwGO: «Sempre que a decisão do litígio dependa, total ou parcialmente, da existência ou inexistência de uma relação jurídica, o tribunal pode determinar que o objecto de um outro litígio a correr num tribunal seja decidido ou que o órgão administrativo pratique o acto correspondente, suspendendo a instância até à decisão do litígio pelo outro tribunal ou até à prática do acto pelo órgão da Administração».

tivo decida uma questão de direito privado e vice-versa ⁽⁵⁹⁾. Em qualquer caso, porém, o tribunal deve respeitar a autoridade de caso julgado ou, por outras palavras, o tribunal onde corre a acção não pode decidir de forma diferente uma questão já decidida por outro tribunal.

3.3.4. Em virtude de lei expressa (artigo 40.º n.º 2 da VwGO), as acções de indemnização por danos resultantes de responsabilidade extracontratual da Administração por actos de gestão pública bem como as acções de indemnização decorrentes de expropriações por utilidade pública são da competência dos tribunais comuns (ordentliche Gerichte).

3.4. Os Litígios de Direito Público não Constitucional.

Enquanto, em Portugal, a teoria do acto administrativo desempenha ainda um papel central na problemática do contencioso administrativo, na Alemanha a sua importância é secundária, ocupando a relação jurídico-administrativa esse lugar — os tribunais administrativos são competentes em matéria de litígios de direito administrativo.

Porém, nem sempre foi assim.

Quando, na segunda metade do século XIX, o Direito Administrativo aparece como um direito autónomo, como um todo harmónico e sistemático ⁽⁶⁰⁾, a primeira preocupação foi sujeitar a Administração a este novo direito, garantindo essa subordinação através de órgãos de fiscalização. Mas como importava não pôr em causa a actividade da Administração, ou sequer, substituí-la, tentou encontrar-se no todo imenso da actuação administrativa um «acto jurídico por excelência» onde se concentrasse toda a autoridade da actuação administrativa e ao qual pudesse ser assacada a responsabilidade da produção de efeitos na esfera jurídica dos particulares. No fundo, tratava-se de encontrar um material que pudesse ser controlado pelos tribunais sem que,

⁽⁵⁹⁾ Sobre o problema das questões prejudiciais, Michel Fromont, ob. cit., p. 36 e s. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 215.

⁽⁶⁰⁾ Lorenz von Stein escreve, em 1865, a sua célebre «*Verwaltungslehre*», e, em 1857, já F. F. Mayer escrevera «*Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts*». Em 1881 as universidades prussianas tinham uma cadeira de Direito Administrativo e, na volta do século, já havia três revistas de Direito Administrativo. Mas é com a monumental obra de Otto Mayer que o Direito Administrativo ascende a uma ciência («*Deutsches Verwaltungsrecht*», 1895/96). Sobre a evolução do Direito Administrativo, Peter Badura, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaat*, 1967.

com isso, a Administração paralisasse. Assim nasceu o acto administrativo que Otto Mayer ⁽⁶¹⁾ magistralmente teorizou, delimitando esse «quid» susceptível de análise em tribunal, clarificando as suas fronteiras, indicando os pressupostos da sua formação, detectando os seus possíveis vícios ou irregularidades ⁽⁶²⁾.

As experiências terríveis dos períodos de guerra vieram, porém, mostrar que a dignidade humana e os direitos a ela inerentes não ficavam suficientemente salvaguardados com os meios de defesa e controlo criados à volta desse «quid» e que, perante uma «polícia» mais agressiva ainda do que a do século XVIII, havia que criar, a par de um Direito com um determinado conteúdo, garantias jurídicas mais eficazes, em especial sempre que a Administração persistisse em não actuar, em não prestar tarefas devidas.

Embuído desse espírito, o legislador foi muito além da previsão legal da clássica acção de anulação (*Anfechtungsklage*), determinando que a base de análise da fiscalização contenciosa fosse o litígio de direito público não constitucional.

O fulcro do Direito Administrativo, na perspectiva fiscalizadora, deixou de ser «o» acto administrativo — relegado ao papel de delimitação do material de um certo tipo de acção — para ser «os» actos da Administração, ou talvez melhor, a actividade administrativa. A teoria do acto administrativo dá lugar à teoria global da actividade da Administração, mesmo que se trate de uma concreta ausência de actividade — valor da inércia administrativa ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Não deve esquecer-se que Otto Mayer foi muito influenciado pela doutrina francesa.

⁽⁶²⁾ Sobre a evolução dogmática do Direito Administrativo alemão e a progressiva perda de importância do «acto administrativo», cfr. Otto Bachof, *Die Dogmatik des Verwaltungsrecht vor den Gegewertaufgaben der Verwaltung*, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehre, Band30, 1972, p. 193 e ss.

⁽⁶³⁾ Porém, não deve esquecer-se a fundamental diferença entre a função do juiz nos tribunais ordinários e a do juiz nos tribunais administrativos. É que este não tem normalmente de encontrar uma primeira decisão para uma situação jurídica. Pelo contrário. Tem de controlar uma decisão ou atitude já tomada por outra autoridade. Daí que as tarefas do juiz administrativo tenham de terminar exactamente no momento em que o legislador deixa de lhe fornecer «medidas» de actuação. Cfr. Dietrich Jesch, *Gezetz und Verwaltung*, 1961, p. 226 e Peter Badura, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung*, in Festschrift für Otto Bachof, 1984, p. 170.

3.5. A Intensidade da Protecção Jurisdicional. Discricionariedade (Ermessen) e Margem de Livre Apreciação (Beurteilungsspielraum).

Na breve resenha histórica viu-se que no sistema prussiano o controlo da actividade administrativa partia de dentro da Administração — os tribunais de 1.^a e 2.^a instância integravam a Administração e o supremo tribunal, sendo um órgão à parte desta, integrava juizes de carreira e altos funcionários da Administração — e abrangia a fiscalização da legalidade e do mérito das decisões administrativas, ao contrário do que sucedia no sistema da Alemanha do Sul.

O sistema actual integra-se na linha da Alemanha do Sul. Os tribunais administrativos não fazem parte da Administração, pertencendo ao poder judicial, e, coerentemente, não entram na análise do mérito da actuação administrativa.

Em face, porém, da garantia constitucional de acesso a tribunal dos particulares lesados nos seus direitos fundamentais por actos de autoridade, do princípio da legalidade igualmente assegurado na Constituição ⁽⁶⁴⁾ e da cláusula geral contida no artigo 40.^o da VwGO, a doutrina e a jurisprudência alemãs têm vindo a construir um sistema coerente sobre o âmbito e limites da discricionariedade, sem retirar a maleabilidade necessária à actuação da Administração. Por um lado, o tribunal constitucional federal tem declarado inconstitucionais normas legais que concedem à Administração um poder discricionário demasiado amplo, em especial quando estão em causa restrições aos direitos e liberdades fundamentais. Por outro, os tribunais têm decidido que, havendo dúvida, sobre a concessão ou não de poder discricionário à Administração, se deve presumir que o legislador o não concedeu, ficando aberta a porta ao controlo jurisdicional ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾ Diz o n.º 3 do artigo 20.^o da Constituição alemã: «O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional, os poderes executivo e judicial à lei e ao Direito»

⁽⁶⁵⁾ Como refere Ernst Forsthoff, «o Estado de Direito judicial, tal como foi criado pela Constituição (artigo 19.^o, n.º 4), exige que os tribunais assegurem uma protecção universal. A presunção será, assim, a favor da aplicação da norma jurídica e contra o exercício do poder discricionário». Ob. cit., p. 156.

Neste contexto desenvolveu-se uma doutrina — hoje muito contestada — estreitamente ligada ao professor de Heidelberg Hans Heinrich Rupp ⁽⁶⁶⁾, que defende, de um modo geral, estar toda a actuação da Administração sujeita a controlo jurisdicional ⁽⁶⁷⁾. Em áreas como a da discricionariedade o juiz deve intervir com prudência, detectando os erros mais grosseiros ⁽⁶⁸⁾, ou, como a própria lei refere (artigo 114.º VwGO), controlando «a ultrapassagem dos limites legais da discricionariedade» ⁽⁶⁹⁾. Daí que se não possa falar, a propósito da discricionariedade, numa actividade livre — freies Ermessen —, mas numa discricionariedade limitada — pflichtgemässes Ermessen ⁽⁷⁰⁾.

Ao regime jurídico a que a discricionariedade está sujeita no plano do controlo jurisdicional tem a doutrina e jurisprudência alemãs assimilado a figura dos conceitos indeterminados que exigem um preenchimento valorativo para serem interpretados, (Wertausfüllungsbedürftigerechtsbegriffe), justamente considerados por Karl Engisch como uma das noções mais «plurissignificativas e mais difíceis da teoria do direito ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁾ «Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre», 1965, p. 177 e ss. e em especial, «Ermessenspielraum und Rechtsstaatlichkeit», in Neue Juristische Wochenschrift, 1969, p. 1273.

⁽⁶⁷⁾ Teoria do «controlo total». Contra a teoria do «controlo total» e partindo da mesma base — Estado de Direito — Ulrich Scheuner, «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland», p. 494, in Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt, 1968. Para mais desenvolvimentos, Rogério Soares, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, BFDC, 1981, vol. LVII, p. 188.

⁽⁶⁸⁾ Num estudo recente publicado no Festschrift für Otto Bachof, 1984, Hans Rupp não altera a sua anterior posição. — *Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt*, p. 164. Ver, sobre as questões da discricionariedade, os casos 35, 36 e 37 com que Volkmar Götz ensina o Direito Administrativo, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Auflage, 1985, p. 78 e ss.

⁽⁶⁹⁾ São vícios clássicos da discricionariedade, na doutrina alemã, o excesso de poder (Ermessensüberschreitung) — inclui o erro nos pressupostos de facto, a má interpretação da estatuição legal, o erro na qualificação jurídica dos factos e o tomar uma medida não autorizada por lei —, o não uso da discricionariedade quando a lei a concede (Ermessensunterschreitung ou Ermessensnichgebrauch) (é neste âmbito que se coloca o problema das praxes administrativas) —, o desvio do fim legalmente previsto (Ermessensfehegebrauch ou Ermessensmissgebrauch) e a violação de direitos fundamentais ou princípios gerais de direito administrativo (Verstoss gegen Grundrechte und allgemeine Verwaltungsgrundsätze). Todos são vícios que unicamente se reportam à legalidade e não ao mérito do acto.

⁽⁷⁰⁾ Hans H. Rupp, «Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre», 1965, p. 210.

⁽⁷¹⁾ *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3.ª ed., Col. Gulbenkian, p. 178. A propósito dos conceitos indeterminados no âmbito do direito administrativo, Carl H. Ule refere que eles se encontram justamente no ponto em que o Estado de Direito e o Estado de Administração se intersectam. V. *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, p. 314.

Não podendo, dadas as características deste pequeno trabalho, entrar na problemática dos conceitos indeterminados no direito administrativo, tal como ela tem sido debatida na doutrina e jurisprudência alemãs ⁽⁷²⁾, dir-se-á resumidamente que os tribunais administrativos têm nessa área imposto a si próprios limites à fiscalização da actividade administrativa, limites a que a doutrina tem dado o necessário suporte dogmático. Basicamente podem reconduzir-se aos seguintes, os casos que os tribunais administrativos controlam com mais prudência: decisões de exames (*Prüfungsentscheidungen*) ou equiparáveis — decisões de juris ou comissões de avaliação da aptidão ou mérito profissional de indivíduos ⁽⁷³⁾ —, decisões sobre o grau de culpabilidade ou sobre o mérito de um funcionário, no âmbito do direito da Função Pública, outras decisões «eminentemente pessoais» em virtude da particular relação em que a Administração se encontra em face da situação, permitindo-lhe captar pormenores irrepresentáveis em tribunal ⁽⁷⁴⁾ e decisões em que a interpretação de um conceito indeterminado exige um factor de política administrativa — hipótese que

(72) Refira-se, em particular, a obra de Otto Bachof, que iniciou a corrente da margem de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*) — *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *Juristenzeitung*, n.º 4, 1955, p. 97-102; *Ermessen und Sprachgebrauch*, in *Juristenzeitung*, 1956, p. 588-591; *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, in *Juristenzeitung*, n.º 21, 1972, p. 641-646 — bem como os trabalhos de Carl H. Ule, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, p. 309-330 e de Dietrich Jesch, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in Rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 82 Band, 1957, p. 163-249. Relevo especial deve ser dado aos trabalhos de Hans Heinrich Rupp, em particular, *Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1969, p. 1273 e *Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt*, in *Festschrift für Otto Bachof*, 1984, p. 151-168, em especial p. 164, e de Peter Badura, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung bestehend auf grund und nach Massgabe des Gesetzes*, in *Festschrift für Otto Bachof*, 1984, p. 169-189.

(73) Seria ir contra a essência da decisão de exame, como prestação irrepetível, personalizada e irrepresentável, o tribunal controlar a sua regularidade intrínseca. É esta a posição de Carl H. Ule, in *Verwaltungs...*, p. 20. Há autores que justificam a falta de controlo nestes casos por razões de índole institucional — os juris e as comissões equiparáveis empreendem uma tarefa «quase judicial», obedecendo a cânones de justiça e decidindo com independência e imparcialidade. Cfr. Kellner, *Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der Verwaltungsgerichtlichen Prozesspraxis*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, pp. 857 e ss.

(74) Dietrich Jesch, ob. cit., p. 231.

se situa no âmbito da chamada «discricionaridade técnica», reconduzida a limites estritos (75).

Relativamente a estes casos os tribunais administrativos limitam-se a detectar erros sobre a situação-base da decisão, a inobservância de formalidades essenciais ou de forma da decisão, desvios ao fim legal ou aos critérios de valoração geralmente válidos (*gültige Bewertungsgrundsätze*) ou, ainda, violações de princípios jurídicos fundamentais (76).

Os resultados a que a doutrina e a jurisprudência chegaram no âmbito da discricionaridade e das figuras afins não devem, porém, ser tomados como dados finais. A todo o momento novos contributos se forjam provenientes da sempre crescente complexidade da vida social e de aprofundamentos dogmáticos e científicos.

Recentemente, por exemplo, as controvérsias que em meados do século animaram o direito administrativo no âmbito da discricionaridade e figuras afins transferiram-se para uma área administrativa específica, a planificação (77). A tão falada «liberdade de realização planeada» tem pressionado uma reelaboração do conceito de discricionaridade, pelo menos no âmbito da planificação (*Planungsermessen*), e só o futuro poderá dizer a que conclusões este movimento conduzirá (78) (79).

(75) Basta que existam dados objectivos, palpáveis, susceptíveis de análise em tribunal, para o controlo ser possível. A teoria dos factores limita-se a evitar que o tribunal entre na análise da razoabilidade administrativa.

(76) Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungs...*, p. 21.

(77) V. acórdãos do Tribunal Administrativo Federal sobre a legalidade das normas de planificação, analisados por Michel Fromont, *RFA. Les événements survenus en 1975*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1977, n.º 2, p. 366 e ss.

(78) Referência aos conflitos que rodeiam o problema da planificação pode ser vista em Walter Schmidt, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit an den Grenzen des Verwaltungsrechtsschutzes*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 36, 1978, p. 1770-1771. Recorde-se que as questões ligadas à planificação se não circunscrevem à natureza jurídica dos planos e à discricionaridade nos planos (*Planungsermessen*). Abrange igualmente questões de legitimidade da propositura de acções em tribunal e, bem assim, questões ligadas às providências cautelares e à suspensão da eficácia dos actos, institutos idealizados para a defesa de interesses ou direitos individuais relativamente a actos com outra estrutura interna — estas últimas considerações só valem se se defender a natureza jurídica dos planos como actos administrativos, como acontece nos tribunais do Sul da Alemanha. V. Winfried Brohm, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1 Janeiro 1982, p. 5.

(79) Como Walter Schmidt refere a propósito da discricionaridade no âmbito da planificação, o tribunal «move-se entre Scylla e Charybdis: se o controlo jurisdicional é limitado, a protecção jurídica é menor, se é maior põe em causa a separação entre as funções administrativa e jurisdicional». *Ob. cit.*, p. 1770.

4. Natureza Jurídica da Jurisdição Administrativa

Antes de entrar na análise dos diversos tipos de acção que o direito administrativo alemão prevê, duas palavras breves são devidas à natureza jurídica do controlo jurisdicional da actividade administrativa ⁽⁸⁰⁾.

Em face do direito em vigor na Alemanha parece dever concluir-se que o controlo jurisdicional da Administração tem natureza subjectiva. Bettermann chega a dizer que a Constituição de Bonn «proibe toda a dúvida sobre a natureza da acção de anulação como meio de protecção individual ⁽⁸¹⁾ mas o facto é que a questão não é tão linear e a doutrina alemã não é pacífica. Recentemente têm-se levantado vozes advogando a natureza objectiva da jurisdição administrativa. É o caso de Meiss ⁽⁸²⁾. Comparando a jurisdição administrativa com a comum, Meiss descobre uma diferença de essência entre ambas, diferença que reside precisamente na predominante defesa do direito objectivo inerente à jurisdição administrativa. De igual modo, Niesse ⁽⁸³⁾ vê no «interesse geral da legalidade da Administração» o suporte da jurisdição administrativa de que os particulares, bem como os representantes do interesse público, são meros veículos de realização, e, mais recentemente, Axel Görlitz veio defender que os tribunais administrativos e a Administração empreendem, segundo formas e processos diferentes, uma mesma actividade administrativa ⁽⁸⁴⁾, o que

⁽⁸⁰⁾ Cfr. Winfried Brohm, *Verwaltungsgerichtbarkeit im modernen Sozialsstaat*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1 Janeiro de 1982, p. 2 e ss.

⁽⁸¹⁾ Apud Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 5. Cfr. também Johann Schmidt, ob. cit., p. 200, onde se pode ler «o primeiro principio do sistema de protecção jurídica é o da protecção legal subjectiva». Também Rolf Grawert defende a concepção subjectivista sem levantar dúvidas, *Grenzen und Alternativen des gerichtlichen Rechtsschutzes in Verwaltungsstreitsachen*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1 de Outubro 1983, p. 973.

⁽⁸²⁾ Apud Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 4.

⁽⁸³⁾ Apud Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 4.

⁽⁸⁴⁾ Depois de fazer uma análise estatística das classes sociais de onde provêm os juizes — de carreira ou laicos — e depois de analisar a sua função, Axel Görlitz conclui que «o juiz médio se não distingue dos demais funcionários». Ob. cit., p. 127.

conduz, por um lado, à natureza objectiva do controlo administrativo, e, por outro, à imagem do que se passava no sistema prussiano, a um alargamento da competência fiscalizadora do tribunal administrativo a questões de mérito ⁽⁸⁵⁾ — Görnitz justifica a sua tese no facto da jurisdição administrativa constituir, em sua opinião, «um factor de socialização» ⁽⁸⁶⁾.

A tese que tem mais adeptos é, porém, a que defende a natureza subjectiva do controlo jurisdicional empreendido pelos tribunais administrativos.

Na verdade, por um lado, a Constituição de Bonn é clara ao referir que os tribunais administrativos não fazem parte do poder administrativo, pertencendo, pelo contrário, ao poder judicial. Por outro lado, é igualmente clara a referência, no artigo 19º n.º 4 da mesma Constituição, à «lesão de direitos» ⁽⁸⁷⁾ como motivo determinante do acesso aos tribunais, referência que, de um modo geral, se encontra nas diferentes Constituições dos Estados Federados e que levou à consagração na VwGO do sistema da cláusula geral, a qual amplamente garante aos particulares o acesso à via jurisdicional em caso de lesão dos seus direitos ⁽⁸⁸⁾.

Dir-se-á, é certo, que os particulares podem não recorrer aos tribunais — nada os obriga — ou podem recorrer preterindo pressupostos processuais e, nestes casos, o tribunal não conhece do fundo da causa e a eventual ilegalidade da actividade da Administração manter-se-á — o tribunal não pode exercer qualquer controlo sem que seja accionado pelos interessados (*kein Richter ohne Kläger*) ou, sendo-o, sem que se verifiquem certos pressupostos. Tal facto, porém, não impede a caracterização da natureza jurídica do controlo exercido pelos tribunais administrativos como subjectiva.

⁽⁸⁵⁾ «Os fins que uma decisão envolve estão formulados, em geral, na organização administrativa, como fins de justiça. O modo como tais fins são prosseguidos está ligado, por um lado, aos factos e à lei e, por outro, a máximas morais de acordo com a representação valorativa dos juizes». Axel Görnitz, *ob. cit.*, p. 144.

⁽⁸⁶⁾ «Die Gerichtsbarkeit erhält damit den Rang eines Sozialisationsfaktors», *ob. cit.*, p. 126.

⁽⁸⁷⁾ Diz o artigo 19º, n.º 4., da Constituição: «Wird jemand durch die öffentliche Gewalt *in seinen Rechten verletzt*,...». A acção popular (*Popularklage*) é, por isso, proibida. V. Christian-Friedrich Menger, *Verfassung und Verwaltung in Geschichte und Gegenwart*, 1982, p. 268. Ver, também, o modo como o autor defende ser a garantia objectiva do ordenamento jurídico uma garantia secundária nas acções de anulação de actos administrativos *ob. cit.* p. 269.

⁽⁸⁸⁾ No recurso directo contra regulamentos, possível só nos estados federados que fizeram uso da autorização contida no artigo 47º da VwGO, a ideia de lesão de direitos, actual ou eventual, é sempre condição de legitimidade de interposição do recurso.

Em abono da natureza subjectiva da jurisdição administrativa pode ainda dizer-se que o representante do interesse público junto dos tribunais não tem legitimidade para propôr acções em tribunal — não exerce qualquer papel supletivo da acção do particular no momento propulsor da acção em tribunal —, embora as possa fazer prosseguir perante a desistência da parte interessada, e, que, em geral, o direito alemão não admite a acção popular.

Acrescenta-se também que o modo como se encontram estruturadas as diversas modalidades de acção administrativa — acção de anulação, acção para a prática de um acto administrativo, acção declarativa e acção condenatória ⁽⁸⁹⁾ — permite concluir serem as mesmas predominantemente norteadas pela ideia de protecção dos direitos subjectivos dos particulares ⁽⁹⁰⁾.

A finalizar, dir-se-á que a prova de que a jurisdição administrativa se preocupa fundamentalmente com a defesa das posições jurídicas dos particulares está na jurisprudência dos tribunais administrativos. Walter Schmidt ⁽⁹¹⁾, na homenagem aos 25 anos do tribunal administrativo federal, analisou a jurisprudência deste tribunal e concluiu ser preocupação dominante dos vinte primeiros anos da instituição a construção de um sistema coerente e eficaz de protecção dos direitos individuais, que desse aos particulares uma maior consciência dos direitos que lhes assistem. E de tal modo o conseguiu — afirma Walter Schmidt — que os processos mais do que duplicaram, havendo tribunais que viram triplicadas as suas tarefas ⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁹⁾ Ver infra, p. 71 e ss.

⁽⁹⁰⁾ Recorde-se que o direito alemão admite o acordo das partes sobre a relação jurídico-administrativa controvertida (artigo 106.º da VwGO).

⁽⁹¹⁾ *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit an den Grenzen des Verwaltungsrechtsschutzes*, in Neue Juristische Wochenschrift, Heft 36, 1978, p. 1769.

⁽⁹²⁾ Para este aumento contribuiu também o desenvolvimento crescente das tarefas estaduais.

5. Os meios de defesa jurisdicional dos particulares contra actuações do poder executivo

5.1. As diversas modalidades gerais de acção administrativa

A lei de organização dos tribunais administrativos (VwGO) prevê quatro modalidades de acção⁽⁹³⁾: acção de anulação de um acto administrativo (Anfechtungsklage), acção tendente a condenar a Administração à prática de um acto administrativo que esta se recusou a praticar ou simplesmente omitiu (Verpflichtungsklage), acção de declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica de direito público não constitucional ou de um acto administrativo (Feststellungsklage) e, finalmente, acção de condenação da Administração a prestações diferentes da prática de um acto administrativo (Leistungsklage).

5.1.1. Acção de anulação de um acto administrativo (Anfechtungsklage)

A acção de anulação encontra-se prevista no artigo 42.º da VwGO.

Tem legitimidade para propôr uma acção de anulação quem, pelo modo como configura a acção, demonstrar ter sido prejudicado nos seus direitos subjectivos públicos por um acto administrativo (artigo 42.º n.º2 VwGO). A noção de «direito subjectivo público», determinante da legitimidade activa nesta modalidade de acção, tem sido entendida na doutrina e na jurisprudência alemãs em sentido muito amplo. Abrange todas as situações subjectivas «juridicamente protegidas»⁽⁹⁴⁾, o que significa que basta que a lei, de um modo claro, individualize o interesse que o demandante invoca ter sido prejudicado pelo acto em questão, para que este tenha legitimidade para propôr a acção.

Quanto à legitimidade passiva, será parte legítima a pessoa colectiva pública em virtude da qual o órgão foi competente para praticar o acto em

⁽⁹³⁾ Sobre os diferentes tipos de acção administrativa na Alemanha, Rui Machete, *Contencioso...*, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, vol. II, p. 753 e Johann Schmidt, ob. cit., p. 200.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Rui Machete, ob. cit., p. 753. Sobre a noção de direito subjectivo público, E. Forsthoff, ob. cit., p. 292-301. Sobre a legitimidade activa em acções de anulação, Klaus Vogel, ob. cit., p. 157-158.

análise e não, como no caso português, o órgão que o praticou. Assim, terá legitimidade passiva não o ministro *X* ou *Y*, que praticou o acto em análise no tribunal, mas o Estado Federal ou o Estado Federado a cujo governo o ministro pertence. O princípio geral que vigora nesta matéria é, pois, o princípio do «portador do direito» (Rechsträgerprinzip) (n.ºs 1 e 2 do artigo 61.º VwGO) ⁽⁹⁵⁾

É pressuposto da acção de anulação a existência de um acto administrativo ⁽⁹⁶⁾. Mas o que se entende por acto administrativo para efeitos da acção de anulação?

A noção de acto administrativo, pressuposto da acção de anulação, vem consagrada em várias leis ⁽⁹⁷⁾. Por exemplo, a lei de procedimento administrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz, abreviadamente VwVfG) define-o do seguinte modo: «toda a disposição, decisão ou outra medida de autoridade praticada por um órgão da Administração para regular um caso concreto no âmbito do direito público e que directamente se dirige à produção de efeitos jurídicos externos» ⁽⁹⁸⁾.

Resulta desta noção legal ser fundamental a produção de efeitos externos ⁽⁹⁹⁾ — ex: acto de recusa de uma licença, acto de concessão de uma bolsa de estudos, acto que atribui um subsídio ou uma certidão de habilitações ⁽¹⁰⁰⁾ ⁽¹⁰¹⁾ —, além da existência de uma disposição, decisão ou outra

⁽⁹⁵⁾ As leis dos Estados Federados podem determinar que quem adquire a posição de parte no processo é o órgão que praticou o acto de que se recorre (artigos 61.º n.º 3 e 78.º n.º 2 da VwGO). Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 87 e Klaus Vogel, *ob. cit.*, p. 158.

⁽⁹⁶⁾ As acções de anulação têm uma peculiar importância no âmbito dos actos de efeitos duplos (Doppelwirkung), isto é, dos actos administrativos que, acarretando prejuízos para a esfera jurídica de certos particulares, têm efeitos vantajosos para outros. O seu campo de eleição é o direito da construção (Baurecht) — ex: licença para abrir uma discoteca num bairro sossegado — e o direito da protecção do ambiente (Immissionschutzrecht) — ex: autorização para montar uma empresa ruidosa contígua a uma moradia cujo dono é sensível a barulhos.

⁽⁹⁷⁾ Apesar da VwGO se referir variadas vezes a «actos administrativos», não os define. Como esta, outras questões ficaram em aberto na VwGO. V. Axel Görliitz, *ob. cit.*, p. 62.

⁽⁹⁸⁾ «Jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Massnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach aussen gerichtet ist» (artigo 35.º da VwVfG).

⁽⁹⁹⁾ Rogério Soares, *Acto Administrativo*, Dicionário Polis, vol. I, p. 102.

medida de autoridade regulada pelo direito público, da pertença do órgão do facto de o acto visar regular um caso concreto ⁽¹⁰²⁾.

A qualificação de um acto como administrativo, no entanto, dado origem a acesas discussões na Alemanha.

Assim, pergunta-se se têm natureza de actos administrativos as actuações que se traduzem em sinais de trânsito automáticos ou que são resultados finais de máquinas programadas utilizadas pela Administração para racionalizar o seu trabalho ⁽¹⁰³⁾. Partindo do princípio de que aos resultados de uma máquina computadorizada subjaz uma determinada programação, realizada por órgãos ou agentes da Administração ⁽¹⁰⁴⁾, concluiu-se já serem tais resultados juridicamente enquadrados como actuações administrativas. Mas o problema não ficou, com esta conclusão, integralmente solucionado: serão tais actuações conceitualmente qualificáveis como actos administrativos gerais ou como regulamentos?

Após viva polémica, parece ser hoje pacífico que as actuações em causa se configuram como actos administrativos gerais, dado que se não destinam a um conjunto indeterminado de pessoas mas, pelo contrário, a um círculo determinado, embora aberto. São actuações que se dirigem a todos quantos se encontram perante a situação programada, situação que se repetirá permanentemente e à qual, também de forma permanente, a Administração dará, através da máquina programada, o mesmo tipo de resposta. É o que os autores alemães chamam «determinações gerais repetidas permanentemente» (wiederholenden Allgemeinverfügungen).

⁽¹⁰⁰⁾ A certidão só será um acto administrativo quando é pressuposto legal do uso de um direito ou quando se baseia na «convicção legal indesmentível» da certeza do seu conteúdo. Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungs...*, p. 143.

⁽¹⁰¹⁾ A doutrina e a jurisprudência alemãs têm entendido que não produzindo o acto confirmativo quaisquer efeitos externos, limitando-se a repetir o conteúdo de um acto anterior, não é um verdadeiro acto administrativo.

⁽¹⁰²⁾ Para mais desenvolvimentos, *Verwaltungsverfahrensgesetz — Kommentar — Meyer/Borgs*, 2. Aufl., 1982, p. 260.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Erichsen/Martens, ob. cit., p. 153.

⁽¹⁰⁴⁾ Daí a distinção entre erros técnicos de programação, que determinam um comportamento juridicamente irregular, e falhas dependentes do próprio mau funcionamento da máquina, sem relevância jurídica.

Como nota interessante deve referir-se que já existem, no ordenamento jurídico alemão, várias leis que expressamente se referem a esta modalidade de actuação — «actos praticados com a ajuda de meios automatizados» (mit Hilfe automatischer Einrichtungen) ⁽¹⁰⁵⁾.

Mas se as dúvidas levantadas ao longo dos anos 60 sobre a exacta qualificação jurídica dos resultados finais de máquinas computadorizadas (Verwaltungsfabrikate) ⁽¹⁰⁶⁾ pode dizer-se que estão praticamente resolvidas no sentido acabado de referir, já o mesmo não acontece quanto à natureza jurídica dos planos. Na verdade, não há uniformidade quanto à qualificação jurídica dos planos como actos administrativos ou como regulamentos ⁽¹⁰⁷⁾, podendo somente avançar-se que a doutrina dominante os caracteriza como regulamentos. A justificação reside no facto de, por exemplo, os planos de urbanização se aplicarem a todos os proprietários de terrenos de uma determinada área, presentes e futuros, aliado ao facto de tais planos se traduzirem em normas de proibição e permissão de eventuais actuações por parte desses mesmos proprietários. A questão, no entanto, mantém-se em aberto ⁽¹⁰⁸⁾.

Duvidosa é também a natureza jurídica da declaração que confere força obrigatória geral (Allgemeinverbindlicherklärungen) a acordos de tarifas.

Ao debruçar-se sobre a constitucionalidade destas declarações, o tribunal constitucional federal avançou já a sua opinião, concluindo que tais declarações teriam a natureza de actos administrativos peculiares, a meio caminho entre as regras autónomas e os actos jurídicos estaduais («ein Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung») ⁽¹⁰⁹⁾, solução cómoda mas que não resolve aos tribunais

⁽¹⁰⁵⁾ Ver artigo 37º, n.º 4, da Lei de Procedimento Administrativo (VwVfG).

⁽¹⁰⁶⁾ A expressão foi primeiro usada por Zeidler, apud Carl H. Ule, *Verwaltungs...*, p. 163.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Carl. H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 150 e ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Windfried Brohm entende, porém, que os planos são verdadeiros actos administrativos e situa a acção de anulação de um plano numa zona de tensão (Spannungsfeld) entre a administração e a jurisdição, devendo o juiz revestir-se de particulares cautelas quando examina a sua regularidade legal — ob. cit., p. 5 e ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Bundesverfassungsgericht, decisão de 24/5/77, apud Carl H. Ule *Verwaltungsprozess...*, p. 153.

administrativos as angústias que têm quando lhes é apresentada uma acção de anulação de uma declaração que confere força obrigatória geral a acordos de tarifas.

A acção de anulação pressupõe, pois, a existência de um acto administrativo, pelo que a sua admissibilidade deriva da qualificação jurídica que a jurisprudência fizer da actuação trazida a juízo, o que, nas situações acima descritas, se torna particularmente difícil.

É ainda pressuposto da acção de anulação a existência de um acto administrativo que não seja nulo, embora se admita a propositura de uma acção de anulação na base de um acto que, sendo nulo, tem, no entanto, na ordem jurídica, a aparência de um acto meramente anulável (artigo 43.º n.º 2 da VwGO).

Para além da exigência de um acto administrativo e de um acto administrativo anulável, a acção de anulação exige ainda a verificação de um outro pressuposto — o processo pré-contencioso (Vorverfahren).

A impugnação graciosa exigida no artigo 68.º da VwGO preliminarmente à acção de anulação engloba a reclamação e o recurso hierárquico e encontra a sua justificação na possibilidade do órgão que praticou o acto ou do seu superior hierárquico revogar ou substituir o acto administrativo que prejudica quem impugna, evitando assim o recurso a tribunal — o objectivo consiste em filtrar as acções que podem ir a tribunal ⁽¹¹⁰⁾. Ao contrário do que acontece na acção de anulação, a impugnação graciosa, como verdadeira garantia graciosa que é, pode ter por fundamento não só a desconformidade legal do acto como eventuais irregularidades ligadas ao mérito.

Uma vez proposta a acção, se o tribunal concluir que o acto administrativo está gravemente viciado, anula-o nos termos do artigo 113.º VwGO, tendo a anulação efeitos retroactivos. Se, porém, considerar que o acto administrativo contém uma irregularidade que pode ser corrigida e, ao mesmo tempo, se for um acto que fixa uma determinada quantia em dinheiro ou uma prestação de algo fungível ou, em geral, se se tratar de um acto declarativo, o tribunal pode corrigir o acto, alterando a quantia fixada, modificando a prestação

⁽¹¹⁰⁾ Para mais desenvolvimentos, Diogo Freitas do Amaral, *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*, 1981, p. 107 e 108, e nosso *Considerações sobre a Reclamação Prévia ao Recurso Contencioso*, separata dos Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 127, p. 25-33. Sobre o direito alemão anterior à lei de organização dos tribunais administrativos (VwGO), Otto Bachof, *La jurisdiccion...*, p. 309.

para outro quantitativo ou declarando algo de diferente do que foi estipulado pela Administração (artigo 113.º n.º 2 da VwGO) ⁽¹¹¹⁾. Se o tribunal anular um acto administrativo já executado, o tribunal pode, a pedido do interessado, determinar os termos em que a execução deverá ser anulada (artigo 113.º n.º 1 da VwGO).

A sentença que dá provimento à acção e anula o acto bem como a que o altera são sentenças constitutivas, vinculando todos e podendo apresentar-se contra todos — têm força obrigatória geral ⁽¹¹²⁾. Pelo contrário, a sentença que recusa provimento a uma acção de anulação só produz efeitos relativamente às partes e aos que vierem a assumir a sua posição jurídica (Rechtsfolge).

5.1.2. Acção de Condenação à Prática de um Acto Administrativo (Verpflichtungsklage).

A acção de condenação à prática de um acto administrativo encontra-se igualmente prevista no artigo 42.º da VwGO, sendo uma modalidade específica de acção condenatória.

Enquanto a acção de anulação de um acto administrativo anda normalmente ligada a actos que originam prejuízos na esfera jurídica dos particulares (belastende Verwaltungsklage), enquadrando-se em especial no âmbito da chamada Administração agressiva (Eingriffsverwaltung), a acção de condenação à prática de um acto diz particularmente respeito aos actos de favor, isto é, aos actos que se traduzem em benefícios ou vantagens para a esfera jurídica dos particulares (begünstigende Verwaltungsakte), integrando-se em especial no âmbito da Administração prestadora de serviços (Leistungsverwaltung) ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹¹⁾ Está, no entanto, vedada a possibilidade da «reformatio in pejus».

⁽¹¹²⁾ Cfr. Klaus Vogel, ob. cit., p. 161-163.

⁽¹¹³⁾ Sobre as novas competências do Estado Social e a função jurisdicional, Winfried Brohm, ob. cit., p. 1 e ss. Hans Uwe Erichsen e Wolfgang Martens chamam a atenção para o uso que a Administração prestadora de serviços tem feito, em especial a partir dos anos 50, dos actos administrativos. Cfr. *Das Verwaltungshandeln*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., p. 151.

Tem legitimidade para propôr uma acção de condenação à prática de um acto administrativo quem demonstrar possuir um direito subjectivo público à prática desse acto. Ao contrário, porém, do que acontece nas acções de anulação, a noção de «direito subjectivo público» é, aqui, uma noção restrita: não basta que o demandante demonstre possuir um Interesse jurídico (berechtigtes Interesse) legalmente protegido. É necessário que prove possuir, de acordo com o direito material, um verdadeiro direito subjectivo público ⁽¹¹⁴⁾.

A acção de condenação à prática de um acto administrativo abrange duas espécies, consoante a situação que lhe subjaz: acção de condenação que tem por base um acto expresso de recusa da Administração (Weigerungsklage) e acção de condenação que tem por base uma omissão da Administração — o pedido do interessado nem sequer foi considerado pela Administração (Untätigkeitsklage). É necessário distinguir estas duas espécies de acção de condenação à prática de um acto administrativo uma vez que o prazo de propositura da acção é diferente num e noutro casos e o processo pré-contencioso só é pressuposto da acção de condenação à prática de um acto administrativo quando há um acto expresso de recusa ⁽¹¹⁵⁾.

Apesar da diferença que subjaz a estes dois tipos de acção, o pedido que o demandante dirige ao tribunal é o mesmo: condenação da Administração à prática de um determinado acto. Não é admissível o pedido de anulação do acto expresso de recusa, dado que esta modalidade de acção não está vocacionada para a anulação de actos mas para a condenação da Administração a praticá-los. Existindo acto expresso de recusa, a Administração se encarregará de o revogar em execução da sentença que a condenar a praticar determinado acto ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Sobre o conceito de direito subjectivo público, Erichsen/Martens, ob. cit., p. 139 e ss.; Sobre a legitimidade activa em acções de condenação, Klaus Vogel, ob. cit., p. 161 e 162.

⁽¹¹⁵⁾ A necessidade de processo pré-contencioso (Vorverfahren) em caso de omissão de actuação administrativa serviria somente de expediente dilatatório, além de não poder produzir plenamente o seu objectivo, — como o particular desconhece as razões da falta de actuação da Administração, não pode argumentar em contrário.

⁽¹¹⁶⁾ Este ponto é controvertido. Enquanto Carl H. Ule defende a total desnecessidade de uma acção de anulação do acto de recusa, Bettermann e Menger defendem o contrário. Apud Carl H. Ule, ob. cit., p. 128.

Se a prática do acto solicitado em acção de condenação depender do exercício do poder discricionário, a acção só é admissível se o particular invocar em juízo o uso indevido da discricionariedade pela Administração ao recusar praticar tal acto.

Se o tribunal conceder provimento à acção e se estiver em causa um acto estritamente vinculado, a sentença condenará a Administração à prática do acto solicitado. Se, porém, o tribunal conceder provimento à acção e estiver em causa a prática de um acto cujo conteúdo é determinado pelo exercício do poder discricionário, a sentença de condenação limitar-se-á a exigir da Administração uma resposta à pretensão do interessado, sem lhe predeterminar o conteúdo ⁽¹¹⁷⁾.

5.1.3. Acção de Declaração da Existência ou Inexistência de uma Relação Jurídica ou da Nulidade de um Acto Administrativo (Feststellungsklage).

A acção declarativa encontra-se prevista no artigo 43º da VwGO.

Tem legitimidade para propôr esta modalidade de acção quem demonstrar possuir um interesse legítimo (berechtigtes Interesse) na declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídico-administrativa ou na declaração da nulidade de um acto administrativo (artigo 43º n.º 1 da VwGO). O interesse legítimo que o interessado deve possuir para poder propôr esta modalidade de acção é interpretado na doutrina e jurisprudência alemãs em termos muito amplos ⁽¹¹⁸⁾. Não é sequer necessário provar a existência de um interesse jurídico (rechtliches Interesse); basta demonstrar que possui um interesse económico ou cultural na acção. Para além disso, o demandante só tem de provar que a Administração está convencida da existência ou inexistência da relação jurídica que ele, demandante, pelo contrário, considera que não existe ou que existe ⁽¹¹⁹⁾, e, bem assim, que o interesse que para ele decorre da acção é imediato.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. Klaus Vogel, ob. cit., p. 163.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. Klaus Vogel, ob. cit., p. 163-164 e Eyermann-Fröhler, ob. cit., comentário ao artigo 43º VwGO.

⁽¹¹⁹⁾ É, por exemplo, o caso da Administração considerar que o particular integra uma determinada excepção legal, ao passo que o particular contesta tal inserção e pretende, ao abrigo da regra geral, a situação de benefício dela decorrente.

Não há lugar a acção declarativa se o demandante tiver a possibilidade de defender os interesses que invoca através de outra modalidade de acção: acção de anulação de um acto administrativo, acção tendente a condenar a Administração à prática de um acto administrativo ou acção de condenação da Administração a prestações diferentes da prática de um acto administrativo (artigo 43.º n.º 2 da VwGO).

Também não há lugar a acção declarativa se o pedido do particular consistir na declaração de que um acto administrativo é válido ou de que um acto administrativo tem um determinado conteúdo. É que, por um lado, o litígio sobre a validade de um acto reconduz-se ao que está na base da acção de anulação de um acto administrativo (Anfechtungsklage) e, por outro lado, o litígio sobre o conteúdo de um acto administrativo conduz a uma de duas soluções: ou o particular não concorda com o conteúdo que a Administração deu ao acto porque o considera ilegal e de novo se cai no âmbito da acção de anulação, ou não concorda com tal conteúdo mas considera-o legal e, neste caso, não interessa ir a tribunal porque a única decisão possível deste será manter o conteúdo de um tal acto.

Também não há lugar a acção declarativa se o pedido do particular consistir na declaração de inexistência de um acto. Para a doutrina e jurisprudência alemãs o pedido de declaração de inexistência de um acto administrativo traduz um ilogismo. Na verdade, é possível detectar diferentes irregularidades no acto administrativo: irregularidades leves que podem ser corrigidas e, consequentemente, levam à correcção do acto administrativo, irregularidades mais graves que conduzem à anulação do acto administrativo e irregularidades ainda mais graves que implicam a declaração de nulidade do acto administrativo. Quanto a irregularidades que afectam a própria existência do acto não tem sentido falar delas, dado que não recaem directamente sobre um acto administrativo e sim sobre um não-acto. Não existindo um acto administrativo, não tem lógica falar-se em irregularidades que afectam um «acto administrativo».

A lei não exige, como pressuposto da acção declarativa, o processo pré-contencioso (Vorverfahren). Entendeu o legislador que o processo pré-contencioso é inútil, uma vez que o demandante, nesta modalidade de acção, tem de provar que a Administração não aceita que a relação jurídica existe ou não existe ou que o acto é nulo e, para isso, a necessidade de processo pré-contencioso equivaleria a retardar a decisão final do tribunal.

A acção declarativa não está sujeita a prazo de propositura.

A sentença que conceder provimento à acção ou que lhe recusar provimento só vincula as partes e aqueles que vierem a assumir a sua posição jurídica.

5.1.4. Acção de Condenação da Administração a uma Prestação Diferente da Prática de um Acto Administrativo (Leistungsklage).

A acção de condenação da Administração à prática de um acto administrativo é uma acção de condenação especial (besondere Leistungsklage), comparada com a acção de condenação de que ora se trata e que encerra a possibilidade do tribunal condenar a Administração a um fazer (tun), a um não fazer (unterlassen) ou a um suportar (dulden), podendo mesmo condenar a Administração a praticar um acto administrativo. Neste último caso, porém, o acto a que a Administração é condenada a praticar não se dirige directamente ao autor da acção, como acontece na acção de condenação especial (Verpflichtungsklage) e sim a um terceiro ou terceiros, beneficiando o autor da acção indirectamente (Doppelwirkungsakte ou Drittwirkungsakte) ⁽¹²⁰⁾ ⁽¹²¹⁾.

A acção geral de condenação encontra-se prevista nos artigos 43.º n.º 2, 113.º n.º 3, 169.º e 170.º da VwGO.

Embora expressamente a lei não especifique, a jurisprudência alemã tem entendido que só tem legitimidade para propôr esta acção quem demonstrar ter um direito subjectivo público, entendido em sentido estrito ⁽¹²²⁾.

O processo pré-contencioso não é pressuposto das acções gerais de condenação, encontrando-se no entanto previsto em casos especiais cfr. artigo 126.º da Lei Quadro da Função Pública.

A acção de condenação da Administração a uma omissão levanta particulares dificuldades, normalmente ligadas ao direito material — condições jurídico-materiais sobre a necessidade de uma omissão.

⁽¹²⁰⁾ A questão é controversa. Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 128.

⁽¹²¹⁾ Sobre as acções gerais de condenação, em geral, Klaus Vogel, ob. cit., p. 164-165.

⁽¹²²⁾ Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 175.

A sentença que põe termo a uma acção de condenação, qualquer que seja o seu sentido, só vincula as partes e aqueles que vierem a assumirem a sua posição jurídica.

5.2. Acção de Fiscalização de Normas Jurídicas contidas em Regulamentos (Antrag auf Normenkontrolle).

A acção de fiscalização de uma norma jurídica é uma modalidade de acção declarativa que visa declarar a nulidade de uma norma regulamentar ⁽¹²³⁾ mas não se encontra prevista em termos gerais no ordenamento jurídico alemão. A disposição contida no artigo 47.º da VwGO permite somente que os Estados federados ⁽¹²⁴⁾ consagrem legislativamente esta modalidade de acção, o que já aconteceu em Baden-Württemberg, Bayern, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pflanz e Schleswig-Holstein ⁽¹²⁵⁾. Trata-se de uma acção que permite um controlo directo de normas regulamentares ⁽¹²⁶⁾ e não um controlo por via incidental, controlo que todo o tribunal pode e deve fazer sempre que

(123) Sobre a amplitude do poder regulamentar na Alemanha, Michel Fromont, *Le pouvoir réglementaire et le juge dans la République Fédérale d'Allemagne*, Mélanges offerts à Marcel Waline, tomo I, 1974, p. 29 e ss.

(124) Não se encontra prevista, em geral, uma acção de controlo da validade dos regulamentos do Estado Federal. Porém, a alteração introduzida no artigo 47.º da VwGO por uma Lei de 24 de Agosto de 1976 tornou possível o controlo de certos regulamentos federais. A falta de controlo de todos os regulamentos federais entende-se que não viola o disposto no artigo 19.º n.º 4 da Constituição, dado que o controlo dos actos administrativos baseados em tais regulamentos é sempre possível. Há, no entanto, quem sustente o contrário. Cfr. Klaus Vogel, ob. cit., p. 140, em especial a nota 49.

(125) A lei dos tribunais administrativos da zona de ocupação americana de 1946/1947 permitia o controlo dos regulamentos pelos tribunais administrativos, daí que tenham sido os estados que pertenceram a esta zona de ocupação os que mais depressa fizeram uso da permissão legal. cfr. Otto Bachof, *La jurisdiction...*, p. 312.

(126) Sobre esta matéria, Michel Fromont, *Le pouvoir réglementaire et le juge dans la République Fédérale d'Allemagne*, in Mélanges offerts à Marcel Waline, tomo I, 1974, p. 27 e ss.

aprecie legalidade de um acto administrativo fundado em regulamento ilegal ⁽¹²⁷⁾.

Tem legitimidade para propôr uma acção de fiscalização de normas regulamentares quem demonstrar ser prejudicado pela sua aplicação ou quem demonstrar ter fundado receio de vir a ser prejudicado com a aplicação de tais normas (kann... einen Nachteil erlitten — artigo 47.º n.º 2 VwGO). Entende-se que há prejuízo, para este efeito, quando há lesão de um direito do interessado ou a possibilidade dessa lesão se vir a verificar ⁽¹²⁸⁾. As entidades públicas podem também intentar em tribunal uma acção de fiscalização de normas regulamentares, desde que tais normas não tenham sido emanadas por órgãos seus.

A acção de fiscalização de normas regulamentares é proposta contra a pessoa colectiva pública a que pertence o órgão que as emanou e o tribunal competente, em primeira e última instância, é o tribunal administrativo superior do estado federado respectivo (Oberverwaltungsgericht) ⁽¹²⁹⁾.

A propositura da acção não está sujeita a prazo e a eficácia das normas regulamentares não se suspende por efeito da propositura da acção.

Se o tribunal não conceder provimento à acção a sentença só vincula as partes ⁽¹³⁰⁾. Se, pelo contrário, conceder provimento e declarar o regulamento nulo (für nichtig), a sentença tem eficácia «erga omnes», produzindo normalmente efeitos «ex nunc». A sentença do tribunal é neste caso, publicada no mesmo local do regulamento declarado nulo (n.º 6 do artigo 47.º VwGO) ⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁷⁾ A acção de fiscalização de normas regulamentares diz somente respeito aos regulamentos externos. Ernst Forsthoff considera, porém, que é uma «lacuna do Estado de Direito» a impossibilidade de recurso contencioso dos regulamentos internos emanados no âmbito das relações especiais de poder. V. *Traité de Droit...*, p. 215 e s. Esta posição é corroborada por Michel Fromont, *Le pouvoir réglementaire et le juge dans la République Fédérale d'Allemagne*, Mélanges offerts à Marcel Waline, tomo 1, 1974, p. 28-29 e 36-37.

⁽¹²⁸⁾ Contra, defendendo a mera possibilidade de um prejuízo indirecto, Jean M. Auby/Michel Fromont, ob. cit., p. 86. Embora o conceito de desvantagem ou prejuízo possa ser muito amplamente interpretado, torna-se sempre necessário demonstrar a sua existência.

⁽¹²⁹⁾ Criticando a impossibilidade de recurso, em especial tratando-se de regulamentos do Estado Federal, Otto Bachof/Hans Wolff, *Verwaltungsrecht*, vol. III, p. 464.

⁽¹³⁰⁾ Jean Marie Auby/Michel Fromont, ob. cit., p. 88.

⁽¹³¹⁾ Carl H. Ule, ob. cit., p. 136; Otto Bachof/Hans Wolff, *Verwaltungsrecht*, tomo III, p. 463.

Os actos administrativos já praticados em aplicação do regulamento declarado nulo e que ainda não começaram a produzir efeitos são revogados e os actos de execução prolongada (Dauerwirkungsakte) são alterados. Pelo contrário, os actos administrativos já executados permanecem intocáveis bem como as decisões dos tribunais baseadas no regulamento declarado nulo ⁽¹³²⁾ ⁽¹³³⁾.

5.3. O Recurso para o Tribunal Constitucional (Verfassungsbeschwerde).

Se o particular ofendido nos seus direitos por actuações do poder executivo tiver esgotado, sem êxito, a via dos tribunais administrativos pode ainda recorrer ao Tribunal Constitucional se o direito ofendido for um direito fundamental. Este recurso é independente do facto do particular ter arguido ao longo do processo jurisdicional administrativo a inconstitucionalidade da actuação que impugna. Basta que tenha esgotado a via jurisdicional administrativa e que tenha sido lesado, de um modo directo e actual, num seu direito fundamental (Grundrecht) ⁽¹³⁴⁾. O prazo de recurso é de um mês contado a partir da decisão de última instância do tribunal administrativo.

Também o particular lesado, de uma forma directa e actual, num direito fundamental por um regulamento inconstitucional pode recorrer ao Tribunal Constitucional Federal, no prazo de um ano contado a partir da publicação do regulamento, sendo, no entanto, controversa a questão de saber se, antes do recurso ao tribunal constitucional, se torna ou não necessário recorrer ao tribunal superior do Estado Federado respectivo (Oberverwaltungsgericht).

⁽¹³²⁾ Otto Bachof/Hans Wolff, ob. cit., vol. III, p. 464.

⁽¹³³⁾ Se, como os tribunais do norte da Alemanha defendem, os planos têm a natureza de normas, a acção de fiscalização jurisdicional deverá assumir a forma de acção de fiscalização de normas. Porém, como nos estados do norte ainda não foi criada esta modalidade de acção, os particulares só se podem defender contra os actos que concretizam as «normas» contidas nos planos. Cfr. Windfried Brohm, ob. cit., p. 5.

⁽¹³⁴⁾ O Tribunal Constitucional Federal tem sede em Karlsruhe. Sobre a protecção jurídica através dos tribunais constitucionais, Otto Bachof, *La jurisdiccion...*, p. 313. Sobre o papel do Tribunal Constitucional Federal, Walther J. Habscheid, ob. cit., p. 165-166. Sobre as relações entre a jurisdição administrativa e a constitucional, Christian Pestalozza, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, Heft 36, p. 1782-1787.

Junto do Tribunal Constitucional Federal funciona uma comissão permanente, composta por juizes do tribunal, que faz a filtragem dos recursos ⁽¹³⁵⁾.

6. Garantias Acessórias Resultantes da Propositura de uma Acção Administrativa em Tribunal

6.1. A Suspensão da Eficácia do Acto Administrativo (Aufschiebende Wirkung).

A propositura de uma acção de anulação de um acto administrativo, bem como a impugnação pré-contenciosa de um acto administrativo (Vorverfahren) suspendem os efeitos desse acto, mesmo que este seja constitutivo de direitos (n.º 1 do artigo 80.º da VwGO) ⁽¹³⁶⁾. Tratando-se de uma acção de anulação de um acto de duplo efeito (Doppelwirkungsakt), como é o caso da licença de construção que prejudica um terceiro, não se torna necessário ao autor da acção pedir à Administração ou ao tribunal, consoante os casos, que ordene qualquer providência com vista a impedir o detentor da licença de iniciar as obras licenciadas. Pelo simples facto da impugnação pré-contenciosa ou da propo-

⁽¹³⁵⁾ Diz o n.º 2 do artigo 93.º da Lei do Tribunal Constitucional, de 3 de Fevereiro de 1971, sob a epígrafe «exame prévio por uma comissão de juizes» (Vorprüfung durch einen Richterausschuss): «Die Verfassungsbeschwerde bedarf der Annahme zur Entscheidung». E o n.º 3: «Der Ausschuss kann durch einstimmigen Beschluss die Annahme der Verfassungsbeschwerde ablehnen, wenn sie unzulässig ist oder aus anderen Gründen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat». Sobre o assunto, Klaus Vogel, ob. cit., p. 165-166 e 167.

⁽¹³⁶⁾ Diz o n.º 1 do artigo 80.º da VwGO: «Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung. Dies gilt auch bei Rechtsgestaltenden Verwaltungsakten». Sobre a suspensão da eficácia dos actos administrativos, Klaus Vogel, ob. cit., p. 159-160.

situra da acção em tribunal, os efeitos da licença ficam suspensos até decisão final ⁽¹³⁷⁾.

Só excepcionalmente, como é o caso das medidas de polícia — ex.: ordem de proibição de uma reunião pública não autorizada — ou dos actos que importam o pagamento de custos ou gastos públicos — ex.: taxas, impostos — a lei proíbe que os efeitos sejam suspensos (artigo 80.º n.º 2 da VwGO).

Há, no entanto, situações em que o interesse público (*öffentliche Interesse*) ou o interesse preponderante de um interessado (*überwiegende Interesse eines Beteiligte*) exige a execução imediata (*sofortige Vollziehung*) do acto impugnado (artigo 80.º, n.º 2 al. 4 da VwGO). Nestes casos, a execução pode ser determinada pela autoridade autora do acto impugnado ou, se esta a não determinar, pelo próprio tribunal. Em qualquer caso, porém, é o tribunal que tem a última palavra. Se a execução imediata tiver sido ordenada pela Administração ou, mesmo, se houver um justificado receio de que a Administração a determine, o particular interessado pode solicitar ao tribunal que declare não haver razão suficiente para a execução imediata e reestabeça a suspensão se já tiver sido ordenada ⁽¹³⁸⁾.

Se o acto já tiver sido integralmente executado e o tribunal determinar a suspensão da produção dos efeitos, pode ainda o tribunal, em consequência da sua decisão, e independentemente da decisão sobre o fundo da causa, anular a execução do acto (artigo 80.º, n.º 5 da VwGO), ficando a Administração obrigada a colocar o particular no estado anterior à execução ⁽¹³⁹⁾.

A decisão sobre a suspensão dos efeitos do acto administrativo impugnado implica que o tribunal analise em concreto «o interesse público» ou

⁽¹³⁷⁾ Esta garantia jurídica acessória decorre directamente do artigo 19.º n.º 4 da Constituição, na medida em que esta disposição constitucional não só garante a protecção jurídica contra actuações lesivas dos direitos dos particulares como ainda a eficácia dessa garantia. Cfr. Johann Schmidt, *ob. cit.*, p. 200 e ss. Christian Menger liga estreitamente esta garantia jurídica ao princípio da boa fé. *Ob. cit.*, p. 309.

⁽¹³⁸⁾ A execução imediata tem de ser expressamente fundamentada pela Administração, não bastando a simples referência à necessidade da prática do acto ou a repetição das razões que a lei invoca para a necessidade de praticar esse acto. Não é, porém, necessária fundamentação especial para a execução imediata de uma medida tomada em estado de necessidade perante um perigo iminente (artigo 80.º, n.º 3, da VwGO).

⁽¹³⁹⁾ Se, por exemplo, está em causa um despejo administrativo já executado, a Administração tem de instalar novamente o particular na casa de onde foi despejado.

«o interesse preponderante do interessado»⁽¹⁴⁰⁾ determinando, porém, a suspensão sempre que o pedido de anulação do acto estiver fundamentado de forma evidente⁽¹⁴¹⁾.

No caso de actos de duplo efeito o interessado a quem o acto favorece e que vê os efeitos do acto suspensos tem a possibilidade de recorrer da sentença do tribunal que determinou a suspensão para o tribunal administrativo superior.

Se os efeitos do acto forem suspensos e a acção for julgada improcedente, o demandante não está obrigado a indemnizar a Administração pelos danos resultantes da suspensão⁽¹⁴²⁾.

6.2. As Providências Cautelares (Einsweilige Anordnungen)

Se a protecção dos direitos e interesses dos particulares em acções de anulação de actos administrativos não fica suficientemente defendida sem a possibilidade de suspensão dos efeitos dos actos, também nas acções de condenação (Verpflichtungsklage e Leistungsklage) e nas acções declarativas (Feststellungsklage e Antrag auf Normenkontrolle), tal protecção não é completa se ao tribunal não for permitido ordenar providências cautelares (Einsweilige Anordnungen).

Assim, e de acordo com o disposto no artigo 123.º da VwGO, sempre que exista perigo de uma alteração das circunstâncias malogar a efectivação de

(140) A problemática exposta tem vindo, recentemente, a ser posta em causa, em virtude dos complexos problemas colocados pelos planos. Para mais desenvolvimentos, Walter Schmidt, ob. cit., p. 1775-1776.

(141) Entende-se que não faria sentido o tribunal não ordenar a suspensão dos efeitos quando tudo indica que o acto vai ser por ele anulado. Há como que uma antecipação do sentido da decisão final. Este raciocínio aplica-se mesmo aos casos em que é a própria lei que prevê a inexistência de suspensão da eficácia dos actos. Para mais desenvolvimentos, Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 304.

(142) Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 299-307 e Michel Fromont/Auby, ob. cit., p. 48 e ss. e 77.

um direito ⁽¹⁴³⁾ ou dificultar o exercício da acção em justiça, o demandante ou o demandado podem solicitar ao tribunal que ordene determinadas providências consoante a situação subjacente, a fim de permitir a plena realização do direito ⁽¹⁴⁴⁾.

Tratando-se de uma acção de condenação à prática de um acto administrativo, não pode, porém, a providência cautelar consistir na própria ordem de praticar o acto. A jurisprudência alemã, com o beneplácito da doutrina, tem, no entanto, entendido que, se a relação jurídica litigiosa estiver relacionada com a admissão ou expulsão de um aluno a uma determinada aula ou curso, a medida cautelar poderá consistir na admissão do aluno como ouvinte dessa aula ou curso, sem o que o objectivo da acção proposta em tribunal não seria obtido no caso da acção obter provimento ⁽¹⁴⁵⁾ ⁽¹⁴⁶⁾.

As regras processuais a que a determinação de providências cautelares está sujeita são as consagradas no Código de Processo Civil (artigo 123.º n.ºs 3 e 4 da VwGO) ⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴³⁾ O sentido que parece dever ser dado a «direito» que está em perigo é muito amplo, englobando direito subjectivo público e privado. Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 311. Vejam-se interessantes reflexões de Walter Schmidt a propósito das providências cautelares no âmbito da planificação, ob. cit., p. 1775-1776.

⁽¹⁴⁴⁾ Sobre as providências cautelares, Johann Schmidt, ob. cit., p. 201, e Klaus Vogel, ob. cit., p. 172-173.

⁽¹⁴⁵⁾ Para mais desenvolvimentos e com abundante indicação de acórdãos concordantes, Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 309.

⁽¹⁴⁶⁾ Sempre que o tribunal determinar uma providência cautelar deverá ter em conta todos os interesses em jogo. Assim, bem julgou o tribunal de Hessen quando recusou o pedido de entrega de uma carta de condução a um indivíduo que se demonstrou ter infringido muitas vezes as regras de trânsito. Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 312.

⁽¹⁴⁷⁾ Sobre o assunto, Michel Fromont/J. Marie Auby, ob. cit., p. 78-79.

7. O processo Administrativo Jurisdicional

7.1. Os pressupostos processuais

Os tribunais administrativos só controlam a actividade da Administração ⁽¹⁴⁸⁾ a solicitação dos interessados (*Kein Richter ohne Kläger*) e preenchidos que forem certos requisitos legais-pressupostos processuais.

A doutrina e a jurisprudência alemãs distinguem quatro ordens de pressupostos: pressupostos quanto ao tribunal, quanto às partes, quanto ao processo e quanto ao objecto ⁽¹⁴⁹⁾.

7.1.1. Pertence à primeira ordem de pressupostos, em primeiro lugar, a competência da jurisdição alemã, em segundo lugar, a competência da jurisdição administrativa ⁽¹⁵⁰⁾ e, por último, a competência de um determinado tribunal administrativo em razão da matéria e do lugar (artigo 41º da VWGO) ⁽¹⁵¹⁾.

Os tribunais administrativos de primeira instância possuem, regra geral, competência genérica (artigo 44º VWGO), mas há casos em que esta regra é afastada, como acontece com as questões sobre a validade de normas regulamentares para as quais é competente, em primeira instância, o tribunal administrativo superior do Estado Federado respectivo (*Oberverwaltungsgericht*), com as questões de direito público não constitucional surgidas entre o Estado Federal e os Estados Federados, com as questões em matéria diplomática e consular do Estado Federal ⁽¹⁵²⁾ e com as acções de anulação de actos administrativos praticados pelo Governo Federal, para as quais é competente, em primeira

⁽¹⁴⁸⁾ Os tribunais administrativos exercem uma actividade de reacção. Reagem à actividade original, primária, da Administração.

⁽¹⁴⁹⁾ Sobre os pressupostos processuais, Jean Marie Auby/Michel Fromont, *ob. cit.*, p. 45.

⁽¹⁵⁰⁾ Já vimos como tudo se passa na hipótese de existirem conflitos de competência das diferentes jurisdições. Vide *supra*, p. 53 e ss.

⁽¹⁵¹⁾ Para o conhecimento das acções movidas contra órgãos superiores de um Estado Federado são em geral competentes os tribunais de primeira instância.

⁽¹⁵²⁾ Se, porém, se tratar de uma questão sem importância geral fundamental, a competência é do tribunal de primeira instância do local da sede do Governo Federal, ou seja, do tribunal administrativo de Colónia (artigo 50º n.º 2 da VWGO).

e última instância, o Tribunal Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht) ⁽¹⁵³⁾.

O tribunal localmente competente para as acções administrativas determina-se segundo as regras seguintes: nas acções de anulação de um acto administrativo ou de condenação à prática de um acto administrativo de um órgão do Estado Federal é competente o tribunal administrativo da área onde se localiza a pessoa colectiva pública a que pertence o órgão que praticou, recusou praticar ou omitiu a prática do acto administrativo. Se quem praticou o acto administrativo impugnado ou quem o recusou praticar é um órgão de um Estado Federado ou de outra pessoa colectiva pública, o tribunal competente é o tribunal da área onde foi praticado ou onde foi recusada a prática do acto administrativo que se impugna (artigo 52.º n.º 3 da VwGO). Nas outras modalidades de acção é, regra geral, competente o tribunal da área da sede da pessoa colectiva pública que é ré na acção (artigo 52.º n.º 5 da VwGO).

Para além da competência de primeira instância, já referida, e que é excepcional, os tribunais administrativos superiores dos Estados Federados (Oberverwaltungsgerichte) têm competência para decidir os recursos das sentenças dos tribunais administrativos de primeira instância.

O tribunal administrativo federal (Bundesverwaltungsgericht) tem, em regra, competência para decidir os recursos de revista dos tribunais administrativos superiores dos Estados Federados ⁽¹⁵⁴⁾ mas pode ainda julgar recursos «per saltum» de decisões proferidas pelos tribunais administrativos de 1.ª instância (Sprungrevision) (artigos 134.º e 135.º da VwGO) ⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵³⁾ Sobre a competência do Tribunal Administrativo Federal, Johann Schmidt, ob. cit., p. 199.

⁽¹⁵⁴⁾ Segundo o artigo 132.º da VwGO, o recurso de revista para o tribunal administrativo federal é admitido pelo tribunal superior do Estado Federado respectivo quando a questão de direito é de importância capital (die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat) ou quando a decisão do tribunal contraria anterior decisão do tribunal administrativo federal ou, ainda, quando está em causa um vício processual. A decisão de não admissão de um recurso está sujeita a recurso. Para mais desenvolvimentos, Walter J. Habscheid, ob. cit., p. 86 e ss: Este autor dá nota de uma tendência, na Alemanha, para a diminuição das questões sujeitas a revista (em especial p. 90).

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozes...*, p. 279. O recurso «per saltum» é possível quando o recorrido consente e o tribunal de 1.ª instância autoriza.

7.1.2. Relativamente às partes é pressuposto processual a capacidade judiciária (artigos 61.º e 62.º de VwGO) — um órgão de uma pessoa colectiva pública só pode ser parte quando a lei do estado federado respectivo expressamente o determinar —, a legitimidade, aferida pelo tipo de acção em causa, e o patrocínio judiciário, no caso do tribunal administrativo federal, e em outros tribunais administrativos, sempre que as leis dos Estados Federados o exigirem ⁽¹⁵⁶⁾.

7.1.3. São pressupostos quanto ao processo a observância de prazo legal (artigos 74.º e 76.º da VwGO) ⁽¹⁵⁷⁾, a admissibilidade da modalidade de acção, a regularidade da petição, a impugnação pré-contenciosa (artigo 68.º da VwGO) — só nas acções de anulação e nas acções de condenação à prática de um acto que foi recusado expressamente pela Administração — e a inexistência de pendência da acção noutra tribunal (artigo 90.º da VwGO).

7.1.4. Relativamente ao objecto do processo, exige-se que este se traduza num litígio de direito público não constitucional ⁽¹⁵⁸⁾,

Os pressupostos processuais são matéria de conhecimento oficioso.

⁽¹⁵⁶⁾ Só é obrigatória a intervenção de mandatário judicial no Tribunal Administrativo Federal. Este tanto pode ser advogado como um professor de direito em Universidade ou Instituto Superior do Estado (não podem ser mandatários judiciais os assistentes das universidades). Quanto à intervenção de mandatários judiciais nos tribunais administrativos de 1.ª e 2.ª instância, embora não seja obrigatório, os particulares podem fazer-se representar por eles. Baden-Württemberg, seguindo o exemplo da Lei Federal, tornou obrigatória a constituição de mandatário judicial nos processos que correm no seu tribunal administrativo superior. V. Klaus Vogel, ob. cit., p. 171-172.

⁽¹⁵⁷⁾ Passado que for o prazo legal, nas acções de anulação, o acto administrativo torna-se inimugnável (*Bestandkraft der Verwaltungsakt*). Sobre a força de «caso decidido» dos actos administrativos, defendendo a sua equiparação às sentenças dos tribunais, Ferdinand Kopp, *Die Bestandkraft von Verwaltungsakten*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, de 15 de Abril de 1983, p. 392-400. A questão é no entanto, controversa. Veja-se interessante acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 6 de Junho de 1975, que considera não ser a autoridade de caso julgado do acto administrativo nem geral nem absoluta, variando segundo as matérias sobre que o acto administrativo versa. No caso dos autos o tribunal aceitou conhecer a acção para além do prazo de propositura fundando a sua decisão no facto de estar em causa o direito de propriedade. V. acórdão citado por Michel Fromont, *R.F.A.; Les événements survenus en 1975*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, 1977, n.º 2, p. 367-368.

⁽¹⁵⁸⁾ Ver, supra, p. 423 e ss.

7.2. Os Princípios Básicos do Processo Administrativo Jurisdicional

7.2.1. Princípio Dispositivo (Verfügungsgrundsatz)

Encontra-se consagrado no processo jurisdicional administrativo alemão o princípio do dispositivo, princípio que dá o senhorio (Herrschaft) do processo às partes ⁽¹⁵⁹⁾. O objecto do processo encontra-se na inteira disponibilidade das partes que não só podem desistir da acção (artigo 92.º da VwGO) ⁽¹⁶⁰⁾ como, em determinados casos, podem alterar o seu objecto (artigo 91.º da VwGO) ⁽¹⁶¹⁾ ou fazer sobre ele um acordo (artigo 106.º da VwGO) ⁽¹⁶²⁾ ⁽¹⁶³⁾.

7.2.2. Princípio do Inquisitório (Untersuchungsgrundsatz)

Em virtude do disposto no n.º 1 do artigo 86.º da VwGO, vigora, no processo administrativo jurisdicional alemão, o princípio do inquisitório, ou, o mesmo é dizer, quem tem competência para investigar a matéria de facto subjacente a uma acção administrativa é o tribunal.

O princípio do inquisitório que se opõe ao da discussão (Verhandlungsgrundsatz) ⁽¹⁶⁴⁾, consagrado no processo civil alemão, está directamente relacio-

⁽¹⁵⁹⁾ O princípio do dispositivo opõe-se ao princípio da oficialidade, princípio segundo o qual quem tem competência para conduzir o processo é o tribunal.

⁽¹⁶⁰⁾ A desistência da acção só tem interesse do ponto de vista processual e não do ponto de vista material, pois não é entendida como uma renúncia. O autor depois de ter desistido pode, desde que o prazo ainda não esteja esgotado, propor nova acção em tribunal sobre a mesma matéria. V. Axel Görnitz, ob. cit., p. 72.

⁽¹⁶¹⁾ No processo de revisão qualquer alteração do objecto do processo é inadmissível. Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 19.

⁽¹⁶²⁾ Veja-se, supra, as condições em que este acordo é possível.

⁽¹⁶³⁾ Carl H. Ule entende que quando o representante do interesse público intervém nos processos jurisdicionais administrativos, fazendo-os prosseguir em caso de desistência ou recorrendo da decisão do tribunal inferior em caso de ausência de recurso por parte de quem perdeu a acção, se está perante um desvio ao princípio dispositivo — *Verwaltungsprozess...*, p. 114.

⁽¹⁶⁴⁾ E não ao princípio dispositivo (Verfügungsgrundsatz). Sobre esta distinção, Manuel de Andrade, *Princípios Fundamentais de Processo Civil*, 1963, p. 349. Sobre o princípio do inquisitório no processo administrativo contencioso alemão, Johann Schmidt, ob. cit., p. 199, Axel Görnitz, ob. cit., p. 71.

nado com a reunião do material de facto necessário à decisão da causa e, mais profundamente, à procura da verdade material, objectivo último do processo jurisdicional. Segundo este princípio o tribunal tem uma posição activa na descoberta da verdade, podendo livremente investigar a factualidade que subjaz à acção proposta em tribunal, de acordo com o que considerar necessário à decisão final. Não está vinculado às provas e factos aduzidos pelas partes, podendo mesmo recusar provas carreadas pelas partes, alegando a sua inutilidade ⁽¹⁶⁵⁾.

A consagração do princípio do inquisitório no processo administrativo tem sido justificada com a particular natureza dos interesses em jogo — interesses de índole pública —, interesses que não podem estar dependentes de uma deficiente defesa das partes.

7.2.3. Princípio do Contraditório (Rechtliches Gehör)

Como sugestivamente refere a doutrina alemã, em virtude do princípio do contraditório o tribunal está obrigado, ao longo do processo, a manter um diálogo jurídico (Rechtsgespräch) com as partes interessadas ⁽¹⁶⁶⁾. Este princípio encontra-se consagrado na Constituição (artigo 103.º) para todas as ordens de jurisdição ⁽¹⁶⁷⁾.

Apesar da expressão «rechtliches Gehör», patente na enunciação do princípio — à letra, «direito a ser ouvido» — indicar a mera possibilidade oral de contraditar os factos e as provas trazidas a juízo o facto é que ninguém hoje nega a suficiência da manifestação escrita de contradizer.

Todo o interessado tem, em consequência do princípio do contraditório, a possibilidade de no decurso do processo utilizar todos os meios de ataque e defesa juridicamente previstos, opinando sobre os factos, sobre o direito e sobre o resultado de cada elemento de prova aduzido no processo.

7.2.4. Princípio da Livre Apreciação da Prova (Freie Beweiswürdigungsgrundsatz).

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 11 e ss.

⁽¹⁶⁶⁾ Sobre o carácter contraditório do processo, Jean M. Auby/M. Fromont, ob. cit., p. 79-80, Klaus Vogel, ob. cit., p. 154, Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 118.

⁽¹⁶⁷⁾ Diz o artigo 103.º n.º 1 da Constituição: «Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör».

O processo jurisdicional administrativo alemão não está sujeito a normas estritas de apreciação da prova ⁽¹⁶⁸⁾ ⁽¹⁶⁹⁾. É a livre convicção dos juizes, construída ao longo de todo o processo probatório, que está na base das razões da decisão final; daí que dela constem, especificadamente, isto é, relativamente a cada ponto controvertido, os motivos que justificam o convencimento dos juizes (artigo 108.º n.º 1 da VwGO) ⁽¹⁷⁰⁾.

7.2.5. Princípio da Imediação (Unmittelbarkeitgrundsatz)

Perpassa por todo o processo administrativo jurisdicional alemão o princípio da imediação — a recepção da prova é feita de modo imediato no decurso da audiência de discussão (artigo 96.º n.º 1 de VwGO) e só em casos especiais se permite que um membro do tribunal ou um tribunal diferente do que julga a causa recolha elementos de prova (artigo 96.º n.º 2 da VwGO). Mas também nestes casos a apreciação da prova é feita segundo o critério do tribunal onde o processo corre.

7.2.6. Princípio da Oralidade (Mündlichkeitgrundsatz)

De acordo com o disposto no artigo 101.º n.º 1 da VwGO e em decorrência do princípio da imediação, atrás referido, a decisão final da acção administrativa é tomada após discussão oral da causa. Isto significa, por um lado, que o tribunal só pode basear a sentença nos factos que foram objecto de análise e discussão oral e, por outro, que só podem elaborar a sentença os juizes que participaram na audiência de discussão (princípio da imediação).

A audiência de discussão, dirigida pelo juiz presidente da Câmara ou do Senado, consoante o tribunal administrativo que estiver a julgar a acção (ar-

⁽¹⁶⁸⁾ Contudo, quanto à prova documental, Klaus Vogel, ob. cit., p. 170.

⁽¹⁶⁹⁾ Sob o princípio da livre apreciação da prova, Johann Schmidt, ob. cit., p. 200 e Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 119-121.

⁽¹⁷⁰⁾ Como no processo administrativo jurisdicional alemão vigora o princípio do inquisitório, não há lugar ao princípio do ónus da prova em sentido subjectivo. Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 223. Se, contudo, determinados factos ficam definitivamente por esclarecer, alguém tem de suportar a desvantagem desse esclarecimento deficiente — ónus da prova em sentido objectivo. O ónus da prova depende da relação jurídico-material. Normalmente, nas acções de anulação, o ónus recai sobre a Administração, sempre que se esteja perante uma situação de total vinculação à lei. Pelo contrário, nas acções de condenação à prática de um acto, é o particular quem, em regra, sofre as consequências da falta de esclarecimento dos pressupostos factuais que implicam a prática do acto pela Administração. V. Fritz Bauz, *Einige Bemerkungen zur Beweislastverteilung im Verwaltungsprozess*, in *Festschrift für Otto Bachof*, 1984, p. 283-292, em especial p. 288 e ss.

tigo 103.º n.º 1 da VwGO), inicia-se com um relatório sobre a questão controvertida (artigo 103.º n.º 2 da VwGO), passando-se de imediato à audição dos interessados e das testemunhas. Faltando algum interessado ou alguma testemunha, o tribunal considerará se a sua audição é ou não necessária (princípio do inquisitório), podendo ordenar o adiamento da audiência de discussão se considerar absolutamente necessária a audição do ausente.

Excepcionalmente, a audiência de discussão pode não ter lugar, mas para isso é necessário o acordo das partes (artigo 104.º n.º 2 da VwGO) ⁽¹⁷¹⁾ e do representante do interesse público e, bem assim, a decisão do tribunal — por força do princípio do inquisitório apesar do acordo das partes o tribunal pode marcar data para a discussão oral ⁽¹⁷²⁾.

7.2.7. Princípio da Publicidade (Öffentlichkeitsgrundsatz)

As normas sobre o processo administrativo contencioso prevêem ainda a publicidade da discussão oral. Mais do que em processo civil, tem-se entendido, na Alemanha, que a publicidade das acções administrativas é absolutamente indispensável (artigo 55.º da VwGO) ⁽¹⁷³⁾.

7.2.8. Princípio da Onerosidade do Processo

As acções propostas no Tribunal Constitucional Federal bem como as propostas nos tribunais de segurança social são gratuitas, o mesmo não acontecendo, no entanto, com as que se propõem nos tribunais administrativos.

No entanto, para evitar que por falta de disponibilidade económica os particulares se não possam defender das actuações do poder executivo, o direito alemão criou o instituto da assistência judiciária (Armenrecht) ⁽¹⁷⁴⁾.

7.2.9. Princípio da obrigatoriedade de Resposta

Ao contrário do que acontece no Tribunal Constitucional Federal em que pode não haver uma resposta do tribunal ao pedido feito pelo interes-

⁽¹⁷¹⁾ Para outras excepções, cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 116.

⁽¹⁷²⁾ Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 219 e Johann Schmidt, ob. cit., p. 200.

⁽¹⁷³⁾ Em determinados casos, porém, a publicidade é proibida — casos em que está em jogo a segurança do Estado ou casos ligados a instituições de saúde (Heil-und Pflegeanstalt), em que está em causa a saúde dos particulares. Para mais desenvolvimentos, cfr. Klaus Vogel, ob. cit., p. 168.

⁽¹⁷⁴⁾ V. Klaus Vogel, ob. cit., p. 172.

sado ⁽¹⁷⁵⁾, nos tribunais administrativos é inadmissível um «non liquet». Os tribunais administrativos estão obrigados a decidir todas as acções que lhe são regularmente propostas.

8. A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos

8.1. Com a execução das sentenças dos tribunais administrativos culmina todo o edifício de garantias jurisdicionais dos particulares contra actuações do poder executivo. E pode afirmar-se que é pelo modo como o problema da execução das sentenças dos tribunais administrativos ⁽¹⁷⁶⁾ se encontra solucionado, num determinado Estado, que se conclui pela existência de um verdadeiro sistema de garantias jurisdicionais nesse Estado. Compreende-se, por isso, a especial atenção que o problema mereceu ao legislador alemão.

Distingue a ordem jurídica alemã duas situações diferentes: em primeiro lugar, as situações em que é à Administração que incumbe executar as sentenças; em segundo lugar, as situações em que é aos particulares que incumbe essa execução.

8.2. Relativamente à primeira hipótese e a fim de dar maiores garantias de defesa aos particulares, a lei de organização dos tribunais administrativos (VwGO) remete para as normas constantes do livro VIII do Código de Processo Civil (Zivilprozessordnung, abreviadamente ZPO), sempre que não haja normas especiais na própria lei de organização dos tribunais administrativos (artigo 167.º n.º 1 da VwGO: Soweit sich aus diesem Gesetz nichts anderes ergibt, gilt für die Vollstreckung das Achte Buch der Zivilprozessordnung entsprechend) ⁽¹⁷⁷⁾. Essas normas especiais respeitam às sentenças de con-

⁽¹⁷⁵⁾ Ver supra, p. 448, nota 135.

⁽¹⁷⁶⁾ Para efeitos de execução (artigo 168.º da VwGO) consideram-se sentenças dos tribunais administrativos não só as decisões que põem termo a um processo jurisdicional como as que ordenam determinadas medidas cautelares, as que homologam acordos feitos em tribunal, as que decidem sobre custas e, em certos casos, as decisões dos próprios tribunais orbitais. Cfr. Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 135.

⁽¹⁷⁷⁾ Contra a falta de execução o Código de Processo Civil prevê diferentes hipóteses: a advertência quanto ao modo de execução (Erinnerung gege Art und Weise der Zwangsvollstreckung, artigo 766.º da ZPO), o processo de embargos (Vollstreckungsgegenklage, artigo 767.º da ZPO) e a acção de oposição de um terceiro (Widerspruchklage, artigo 771.º da ZPO).

denação da Administração à prática de um acto administrativo e às sentenças que fixam à Administração prestações em dinheiro — artigos 172.º e 170.º da VwGO, respectivamente.

Assim, se estiver em causa uma decisão do tribunal que condene a Administração à prática de um acto administrativo e o órgão da Administração se recusar a cumprir, o particular a favor de quem o tribunal decidiu pode pedir ao tribunal que fixe ao titular do órgão obrigado a executar a sentença uma multa coactiva (*Zwangsgeld*), que pode ir até 2000 marcos, multa que, a persistir a recusa, pode ser renovada (artigo 172.º da VwGO) ⁽¹⁷⁸⁾ ⁽¹⁷⁹⁾.

Se estiver em causa uma sentença de anulação de um acto administrativo e o órgão da Administração persistir em praticar um acto com o mesmo conteúdo do acto anulado e pelas mesmas razões que levaram à sua anulação, o particular a favor de quem o tribunal decidiu pode também solicitar ao tribunal a fixação de uma multa coactiva ao titular do órgão obrigado a executar a sentença, multa que igualmente pode ser duplicada (de cada vez, a multa pode ir até 2000 marcos).

Se o titular do órgão, em qualquer das hipóteses referidas, persistir na recusa de executar a sentença e o tribunal já tiver fixado a multa coactiva, fica o referido titular do órgão obrigado a indemnizar a Administração pelos danos eventualmente resultantes da falta de execução da sentença, podendo ainda ser alvo de um procedimento disciplinar por esse seu comportamento ⁽¹⁸⁰⁾.

A execução de sentenças que fixam à Administração prestações em dinheiro têm o seu processo previsto no artigo 170.º da VwGO. O tribunal deve, nestes casos, advertir a entidade pública do montante a pagar e dar-lhe um prazo, que não pode exceder um mês, para prestar o que for devido. Se a Administração não pagar dentro do prazo, o tribunal determinará então medidas de execução (*Vollstreckungsmassnahmen*) — decide se a execução deve incidir sobre

⁽¹⁷⁸⁾ V. Klaus Vogel, ob. cit., p. 175-176, Eyermann-Fröhler, ob. cit., pp. 965 e ss., em especial p. 966 sobre a execução das decisões dos tribunais arbitrais.

⁽¹⁷⁹⁾ A fixação de uma multa ao titular do órgão tem carácter de sanção política e disciplinar. V. Eyermann-Fröhler, ob. cit., p. 971.

⁽¹⁸⁰⁾ Contra este procedimento, invocando a ideia de Estado de Direito, Carl H. Ule, *Verwaltungsprozess...*, p. 331.

móveis ou imóveis, se, incidindo sobre móveis ou imóveis, quais devem ser, em concreto, penhorados, etc. ⁽¹⁸¹⁾.

Tratando-se da execução de sentenças que determinam providências cautelares não há lugar a advertência ou a prazo de espera (artigo 170.º n.º 5 da VwGO), uma vez que as mesmas se destinam a afastar o perigo de um direito perder o seu conteúdo.

As sentenças que põem termo a acções declarativas não estão sujeitas a execução ⁽¹⁸²⁾, salvo na parte que respeita a custas ⁽¹⁸³⁾.

8.3. Relativamente à segunda hipótese, aquela em que a execução das sentenças incumbe aos particulares, o artigo 169.º da VwGO remete para a aplicação não já das normas constantes do Livro VIII do Código de Processo Civil mas das normas da lei de execução dos actos administrativos por particulares (*Verwaltungsvollstreckungsgesetz*, de 27 de Abril de 1953). O tribunal passa a desempenhar, nesta situação, o papel de órgão administrativo com competência para executar os actos administrativos e os meios processuais que pode utilizar são os que constam da referida lei de execução.

Lisboa, Setembro de 1985

⁽¹⁸¹⁾ A penhora não é admissível quando os bens são indispensáveis ao preenchimento do interesse público. É o caso dos livros de uma biblioteca, das obras de arte de um museu, etc.

⁽¹⁸²⁾ V. Eyermann-Fröhler, *ob. cit.*, p. 959.

⁽¹⁸³⁾ As regras acabadas de expôr para a execução das sentenças dos tribunais administrativos não se aplicam à execução das sentenças do Tribunal Constitucional Federal. Neste caso, é o próprio tribunal que determina quem irá executar e como irão ser executadas as suas sentenças.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALBRECHT, Alfred, *Rechtsstaat*, in Staatslexikon, vol. VI, 1961.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*, 1981.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Princípios Fundamentais de Processo Civil*, 1963 (revista e actualizada com a colaboração do Prof. Dr. Antunes Varela).
- AUBY, Jean Marie/Michel Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la CEE*, 1971.
- BACHOF, Otto, *La jurisdicción administrativa en la República Federal Alemana*, in Revista de Administracion Publica ano IX, n.º 25, 1958.
- *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriffe*, in Juristenzeitung, 1956.
 - *Neue Tendenzen in der Rechtssprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, in Juristenzeitung, n.º 21, 1972.
 - *Die Dogmatik des Verwaltungsrecht vor den Gegenwertaufgaben der Verwaltung*, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre — Band 30, 1972.
- BACHOF, Otto/Hans Wolff, *Verwaltungsrecht*, I, 1974.
- *Verwaltungsrecht*, III, 1978.
- BADURA, Peter, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaats*, 1966.
- *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung*, in Festschrift für Otto Bachof, 1984.
- BÄHR, Otto von, *Der Rechtsstaat*, 1961 (reimpressão).
- *Lo stato giuridico*, in Biblioteca di Scienza Politiche, 1.ª Série, vol. VII, 1891.

- BAUZ, Fritz, *Einige Bemerkungen zur Beweislastverteilung im Verwaltungsprozess*, in Festschrift für Otto Bachof, 1984.
- BENDER, Bernd, *Der Verwaltungsrichter im Spannungsfeld zwischen Rechtsschutzauftrag und technischen Fortschritt*, in Neue Juristische Wochenschrift, Heft 39, 1978.
- BOBBIO, Norberto, *Stato di polizia*, in Enciclopedia Politica, 1976.
- BROHM, Winfried, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat*, in Die Öffentliche Verwaltung, 1982.
- CHRIST, Egon, *Die Verwaltung zwischen öffentlichen und privaten Recht*, 1984.
- DAHM, Georg, *Droit, Tribunaux et Législation dans l'Allemagne National-Socialiste*, in Quelques aspects du droit allemand, 1943.
- EISENBLÄTTER, Bernd, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Prozess*, in Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Band 29, 1980.
- ERICHSEN, Hans Uwe/Wolfgang Martens, *Das Verwaltungshandeln*, in Allgemeines Verwaltungsrecht, 1981.
- FALLA, Fernando Garrido, *Las transformaciones del concepto juridico de policia administrativa*, in Revista de Administracion Publica, n° 11, 1953.
- FINKELBURG, Klaus, *25 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, in Neue Juristische Wochenschrift, Heft 36, 1978.
- FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1937.
- FORSTHOFF, Ernst, *Traité de Droit Administratif Allemand*, traduction de Michel Fromont, 1969.
- FRÖHLER/Eyermann, *Verwaltungsgerichtsordnung — Kommentar*, 8. Auflage.
- FROMONT, Michel, *Le pouvoir réglementaire et le juge dans la République Fédérale d'Allemagne*, in Mélanges offerts à Marcel Waline, tome I, 1974.
- RFA. *Les événements survenus en 1975*, in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger, 1977.
- FRÖTSCHER, Werner, *Regierung als Rechtsbegriff*, 1975.
- GNEIST, Rudolf, *Lo stato secondo il diritto*, in Biblioteca di Scienza Politiche, 1.^a série, 1892.
- L'Amministrazione e il diritto amministrativo inglese, in Biblioteca di Scienza Politiche e Amministrative, 2.^a série, vol. III, 1896.
- GÖRLITZ, Axel, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, 1970.
- GÖTZ, Volkmar, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1985.
- GRAWERT, Rolf, *Grenzen und Alternativen des gerichtlichen Rechtsschutzes in Verwaltungsstreitsachen*, in Deutsches Verwaltungsblatt, 1983.

- HABSCHEID, Walter J., *Les cours supérieures en République Fédérale d'Allemagne et la distinction du fait et du droit devant les juridictions suprêmes en France et en Allemagne*, in *Révue Internationale de Droit Comparé*, 1968.
- HUSEN, Paul von, *Verwaltungsrechtsschutz*, in *Staatslexikon*, vol. VIII, 1963.
- JESCH, Dietrich, *Gesetz und Verwaltung*, 1961.
- *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Archiv des Öffentlichen Rechts*, Band 82, 1957.
- KELLNER, *Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der Verwaltungsgerichtlichen Prozesspraxis*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966.
- KOPP, Ferdinand, *Die Bestandkraft von Verwaltungsakten*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1983.
- LESNODORSKI, Boguslaw, *Juges professionnels et élément populaire*, in *Révue de Droit Comparé*, 1968.
- MACHETE, Rui C. de, *Contencioso Administrativo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. II, 1972.
- MAURER, Harmut, *Verwaltungsrecht*, 1982.
- MENGER, Christian Friedrich, *Verfassung und Verwaltung in Geschichte und Gegenwart*, 1982.
- MEYER/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz — Kommentar*, 1982.
- MOHL, Robert von, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1832-1834*.
- *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaft*, 1855.
- PESTALOZZA, Christian, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 36, 1978.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, *Teoria dos Actos do Governo*, 1949.
- ROELLECKE, Gerd, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 36, 1978.
- RUPP, Hans Heinrich, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965.
- RUPP, Hans Heinrich, *Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1969.
- *Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt*, in *Festschrift für Otto Bachof*, 1984.

- SARWEY, Otto von, *La giustizia nell'amministrazione et l'ordinamento burocratico*, in Biblioteca di Scienza Politiche, organizada por Attilio Brunialti, 2.^a série, vol. VIII, 1902.
- SCHEUNER, Ulrich, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*, in Rechtsstaatlichkeit und Sozialsstaatlichkeit, 1968.
- SCHMIDT, Johann, *La protection juridique face à l'Administration en République Fédérale d'Allemagne*, in *Révue Internationale des Sciences Administratives*, vol. XLIX, n° 1, 1983.
- SCHMIDT, Walter, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit an den Grenzen des Verwaltungsrechtsschutz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 36, 1978.
- SEYDEL, Max, *Stato e Soberano*, in Biblioteca di Scienza Politiche, 2.^a série, vol. VIII, 1902.
- SOARES, Rogério E., *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, 1955.
 - *Direito Constitucional* (policopiado), 1971.
 - *Direito Administrativo* (policopiado), 1980.
 - *Acto Administrativo*, in *Dicionário Pólis*, vol. I, 1983.
- STARK, Christian, *Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat*, in *Juristenzeitung*, n° 14, 1981.
- THIEME, Werner, *Binnen und Aussenkontrolle der Verwaltung in ihrer gegenseitiger Beziehung*, in *Verwaltungsarchiv*, Band 74, Heft 4, 1983.
- ULE, Carl H., *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955.
 - *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1957.
 - *La reforma administrativa en Alemania*, 1967.
 - *Verwaltungsprozessrecht*, 1978.
- VITAL, Fezas, *Garantias Jurisdicionais da legalidade na Administração Pública: França, Inglaterra, USA, Bélgica, Alemanha, Itália, Suíça, Espanha e Brasil*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1932-4.
- VOGEL, Klaus, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Gerichtsschutz gegen die Executive*, vol. I (publ. Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht), 1969.

JOSÉ RIBEIRO E CASTRO

**O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
EM ESPANHA (*)**

(*) Este estudo foi elaborado em Dezembro de 1983 no Mestrado de Direito Público da Universidade Católica de Lisboa, tendo sido publicado na Revista da Ordem dos Advogados.

SUMÁRIO

1. Normas reguladoras.
2. Organização do contencioso administrativo espanhol.
 - a) Traços principais: integração no Poder Judicial e especialização.
 - b) Resenha histórica.
 - c) Lei de 1956. Sistema actual.
3. Composição mista da Magistratura do contencioso administrativo espanhol.
4. Competência dos diversos órgãos.
5. Âmbito do contencioso administrativo. A cláusula geral.
6. A singularidade do regime espanhol: o «carácter revisor» do contencioso administrativo (contencioso de mera anulação ou contencioso de plena jurisdição).
7. Execução das sentenças.
8. Conflitos de jurisdição.
9. Conclusão. Algumas linhas da evolução do contencioso administrativo espanhol.

BIBLIOGRAFIA.

1. Normas reguladoras

Actualmente, o contencioso administrativo espanhol é regulado pelas seguintes leis:

- a Lei de 1956, que é a trave fundamental do sistema e que veio introduzir profundas reformas, inovações e progressos no contencioso administrativo em Espanha, pondo termo a polémicas e a flutuações constantes que duraram ao longo de mais de um século (Lei Reguladora da Jurisdição Contencioso-Administrativa, de 27 de Dezembro de 1956 — B.O.E., n.º 363, de 28-12-56);
- a Lei de 17 de Março de 1973 (Lei 10/1973, de 17 de Março — B.O.E., n.º 69, de 21-3-73) e o Decreto-Lei de 4 de Janeiro de 1977 (Decreto-Lei 1/1977, de 4 de Janeiro), que vieram ambos introduzir algumas alterações naquela primeira;
- e a Constituição de 1978, que, em várias disposições, contencioso consagra novos avanços no Direito Administrativo e no contencioso administrativo em Espanha e que, em larga medida, obriga à reforma próxima do sistema, sem prejuízo da aplicação directa e imediata de muitas das suas disposições, quer de conteúdo revogatório, quer de sentido positivo.

São de referir ainda:

- a Lei de 28 Novembro de 1974 (Lei de Bases, Orgânica da Justiça — Lei 42/1974, de 28 de Novembro — B.O.E., n.º 287, de 30-11-74) e inúmeros outros diplomas avulsos relativos a aspectos da organização judicial (1);

(1) V. designadamente os vários diplomas publicados a págs. 149-206 da Colectânea «Textos Legales — Jurisdicción Contencioso — Administrativa», Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, 9.ª edição, Janeiro 1976.

- a Lei de 17 de Julho de 1948 (B.O.E., n.º 200, de 18-7-48), relativa a conflitos de jurisdição e para a qual remete a já referida Lei de 1956;
- a Lei de 17 de Julho de 1958 (Lei do Processo Administrativo — o que designaríamos de Processo Administrativo gracioso), modificada pela Lei de 2 de Dezembro de 1963, relevante sobretudo, neste domínio, em matéria de actos tácitos e sua impugnação.

Saliente-se, enfim, a concluir este ponto, que, mau grado os profundos progressos resultantes da Lei de 1956 e da sua aplicação, o sistema do contencioso administrativo espanhol se encontra nesta altura numa fase de transição para um estádio mais avançado, por efeito sobretudo das inovações introduzidas recentemente pela Constituição de 1978 e que, mais detalhadamente, adiante se referirão (?). No sentido da necessidade da mesma revisão apontarão ainda, segundo EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, a «falta de precisão e de rigor técnico demonstrada pelo legislador de 1973 e a conjunturalidade do Real Decreto-Lei 1/1977, de 4 de Janeiro», (que introduziram modificações no sistema da Lei de 1956), factores que levam a acentuar a provisoriedade da regulamentação vigente e a proximidade de uma sua reforma global.

2. Organização do contencioso administrativo espanhol. A) Traços principais: integração no poder judicial e especialização

No quadro da reforma de 1956, a organização do contencioso administrativo em Espanha obedece a dois princípios essenciais:

- primeiro a plena integração no Poder Judicial («judicialización»), não havendo por conseguinte tribunais administrativos autónomos e sendo

(?) FERNANDO GARRIDO FALLA, num apêndice à oitava edição (Vol. I) — Madrid, 1982, do seu «Tratado de Derecho Administrativo», apêndice intitulado «Reflexiones sobre una reconstrucción de los limites formales del Derecho Administrativo Español», refere a existência de uma Comissão, designada em 1980, que, composta por magistrados e professores universitários, trabalhou juntamente com aquele objectivo: a revisão da jurisdição contencioso-administrativa, por efeito nomeadamente da Constituição.

competentes os Tribunais enquadrados no Poder Judicial — Tribunal Supremo e Audiências Territoriais (desde 1977, também uma Audiência Nacional);

- e a especialização, encarregando salas específicas dentro daqueles Tribunais (as Salas do Contencioso Administrativo) de processar e julgar as questões referentes ao Direito Administrativo, mas por razões que, quer a lei, quer a doutrina, sublinham deverem-se apenas a um imperativo de especialização técnica.

Não tem, pois, razão de ser em Espanha a polémica sobre saber se a jurisdição administrativa está, ou não, enquadrada dentro do Poder Judicial. É inequívoco que o está, nos termos da Lei de 1956, e sublinhando, nessa medida, a justo título, E. GARCIA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNANDEZ ⁽³⁾ que, com esta lei «judicialista», a «*jurisdição contencioso-administrativa (...)*, plenamente integrada na na organização judicial, alcançou a sua maioria, situando-se definitivamente acima de toda a polémica».

O sistema espanhol é assim semelhante, neste aspecto, ao da Suíça, ao dos Estados francófonos da África ⁽⁴⁾, e ao de Cuba, não tendo, porém, inspirado os sistemas da Colômbia, do Panamá e do Uruguai — onde existe uma hierarquia especial de jurisdições administrativas —, nem os do Chile, do México, do Perú e da Venezuela — onde não existem tribunais administrativos ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ «Curso de Derecho Administrativo» (Vol. II), Reimpressão da 2ª edição, Madrid, 1981, pág. 494.

⁽⁴⁾ Cfr. RENÉ DAVID, «Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo», pág. 148.

É curioso notar aqui como o sistema francês não inspirou também o dos Estados africanos francófonos, podendo supor-se que, à semelhança do ocorrido em Cabo Verde, o facto se deva a uma razão de economia da organização judicial e à eventual carência de magistrados, seguida naquele caso de um imperativo semelhante de especialização técnica.

⁽⁵⁾ RENÉ DAVID, *ibidem*.

3. Organização do contencioso administrativo espanhol. B) Resenha histórica.

A questão da organização do contencioso administrativo em Espanha foi aquela que mais ocupou a doutrina e mais vivos e acesos debates provocou, ao longo de quase um século, dando origem a inúmeras flutuações do legislador, decorrentes também da instabilidade política que caracteriza a História espanhola do séc. XIX e do primeiro quartel do séc. XX ⁽⁶⁾.

O contencioso administrativo aparece em Espanha apenas no séc. XIX e, logo de início, são patentes as hesitações e divergências quanto à sua organização.

É, primeiro, a Constituição de Bayona (1808) que procura implantar o sistema napoleónico. É, logo de seguida, a Constituição de Cádiz (1812) que procura implantar o modelo judicialista inglês, de plena submissão da Administração aos Tribunais ordinários, incluindo em matéria fiscal, por virtude de um Decreto de 13 de Setembro de 1813.

Nenhuma destas tentativas, porém, teve sucesso e só anos mais tarde, em 1845, duas leis aparecem a fixar e a regular uma jurisdição especial para o contencioso administrativo. São as leis de 2 de Abril e de 6 de Julho de 1845 que, inspirados num Projecto SILVELA de 1838 e no modelo francês, criam uns *Conselhos Provinciais*, com jurisdição delegada, e um *Conselho Real*, com o sistema de justiça reservada (ou de administrador-juiz).

É, portanto, um sistema idêntico ao que, em Portugal, foi introduzido curiosamente também em 1845, pela Carta de Lei de 3 de Maio desse ano: em Portugal, o Governo homologava ou afastava as decisões do Conselho de Estado, por «decretos sob consulta» ou «decretos contra consulta»; em Espanha, o Governo podia também afastar-se livremente do decidido pelo Conselho Real e competia-lhe decidir em definitivo, mediante «Reales Decretos-Sentenciais».

⁽⁶⁾ Sobre esta matéria, v. E. GARCIA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNANDEZ, ob cit., págs. 486 e segs. e F. GARRIDO FALLA, «La evolución del recurso contencioso-administrativo en España», R.A.P. n.º 55, págs. 65 e segs. E ainda, entre nós, FEZAS VITAL, Garantias jurisdicionais da legalidade, etc., que analisa a experiência de vários países — a espanhola, a págs. 148 e segs.

Note-se ainda a circunstância de também em Espanha — tal como em Portugal e, de resto, também em França — o sistema de justiça delegada ter avançado, primeiro, ao nível do contencioso local e só décadas mais tarde se institucionalizar ao nível do contencioso central.

Mas as flutuações continuaram, em Espanha.

Nove anos depois das leis de 1845, em 1854, a «vicalvarada» substitui o Conselho Real por um Tribunal Central de Contencioso Administrativo e os Conselhos Provinciais por Deputações (Reales Decretos de 7 de Agosto de 1854).

E dois anos a seguir, em 1856, volta-se às leis de 1845, passando, todavia, o Conselho Real a designar-se de Conselho de Estado, numa assimilação mais completa do exemplo francês (Real Decreto de 16 de Outubro de 1856).

Doze anos decorridos, a «Gloriosa», por Decretos de 13 e 16 de outubro e de 26 de Novembro de 1868, proclama a unidade dos Tribunais e submete o contencioso administrativo às Audiências Territoriais e ao Tribunal Supremo, embora respeitando o seu processo especial. Esta legislação seria, afinal, a primeira manifestação do sistema actual, ainda que sem a importante característica de especialização técnica dentro do Poder Judicial, que só mais tarde, com a Lei MAURA de 1904, viria a surgir, assimilando também a transacção anterior da Lei SANTAMARIA DE PAREDES de 1888.

A Restauração monárquica de 1876 (?) volta, porém, ao sistema anterior — Leis de 1845, com a modificação de 1856 —, acabando com o que, no dizer da época, tinha sido o «judicialismo progressista, paralisante e caótico».

Em 1888, nova reforma profunda é introduzida. É a Lei SANTAMARIA DE PAREDES, Lei de 13 de Setembro de 1888, considerada como consagrando um sistema harmónico e fruto de transacções recíprocas nas Cortes entre conservadores e liberais. Uma lei que domina, durante largos anos, o contencioso administrativo espanhol (até à reforma de 1956), mas que é acusada pela doutrina de ter sido excessivamente formalista e de marcar ainda hoje de algum modo a jurisprudência espanhola, mesmo depois da profunda reforma de 1956, por força da pressão de critérios exíguos sedimentada numa jurisprudência de décadas ao abrigo da Lei SANTAMARIA.

(?) A Revolução de 1868 conduziu à Constituição de 1869 e à República espanhola de 1873.

Por um lado, a Lei de 1888 confiava o contencioso administrativo a órgãos plenamente jurisdicionalizados, de acordo com o sistema da justiça delegada, pondo termo mesmo ao nível da Administração Central ao modelo da justiça reservada. Esses órgãos jurisdicionais eram o *Conselho de Estado, constituído em Sala de Justiça, e os Tribunais Provinciais*, ambos possuindo uma composição mista de representantes da Administração e de membros da Magistratura. E, na mesma linha de abertura, substituiu o sistema anterior de lista de actos sujeitos a impugnação contenciosa pelo sistema da cláusula geral.

Todavia, em contrapartida, fixava um *condicionalismo muito apertado para a possibilidade de recurso*.

Primeiro, exigia o esgotamento prévio da via administrativa — o acto recorrido devia «causar estado» —, o que conduzia a conceber, como é tão frequente entre nós, o recurso contencioso como uma espécie de segunda instância após a «via governativa previa», com todas as limitações daí decorrentes para o processo, a produção de prova e a apreciação de fundo. Segundo, exigia que o acto recorrido fosse praticado ao abrigo das «faculdades regladas», o que conduzia a excluir de apreciação contenciosa a quase totalidade dos actos discricionários da Administração, o que a regulamentação da lei viria a consolidar com uma longa lista, incluindo nessa exclusão a matéria disciplinar. E, por último, exigia que o acto impugnado houvesse ofendido um «direito subjectivo de carácter administrativo», não admitindo, portanto, simples ofensa de interesses — exigência esta que, segundo E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMON-FERNANDEZ, obstava à maioria dos recursos interpostos.

São estas três exigências que conformam o «excessivo formalismo» de que a Lei SANTAMARIA é acusada, em termos que teriam bloqueado o próprio progresso da jurisprudência, nomeadamente em sede de apreciação da discricionariedade e contra o qual a reforma de 1956 fundamentalmente quis reagir — embora em termos que a jurisprudência terá tido dificuldade e levado algum tempo a assimilar inteiramente, por força da prática sedimentada anterior.

Por último ainda, esta Lei SANTAMARIA deixava a execução das sentenças à mercê da própria Administração — esta, através do Conselho de Ministros, podia, no prazo de dois meses sobre a notificação da sentença, suspender ou mesmo prescrever a inexecução total ou parcial daquela, embora dentro de um quadro limitado de circunstâncias, podendo nesse caso o órgão jurisdicional competente ordenar uma indemnização compensatória, a qual podia também esbarrar em dificuldades diversas.

A esta Lei SANTAMARIA segue-se uma pequena reforma, a que a doutrina espanhola não dá especial relevo, mas que confirmou a exclusão de tudo o que se referisse ao exercício do poder discricionário⁽⁸⁾, por Lei de 22 de Junho de 1894, e sobretudo a Lei MAURA de 1904.

Esta Lei de 1904 começa a conformar o modelo actual e, embora mantendo o sistema e as exigências apertadas da Lei SANTAMARIA, transfere o contencioso administrativo para a esfera do Poder Judicial, acabando com a Sala de Justiça do Conselho de Estado e criando, no *Tribunal Supremo*, uma *Sala do Contencioso Administrativo* — igualmente de composição mista e com igualdade de direitos e de dignidade à das já existentes Salas do Contencioso Cível e Penal.

Aqui se verifica, portanto, a passagem do contencioso administrativo em Espanha da fase de jurisdição especial para o período — que a Lei de 1956 consolidou — de simples jurisdição especializada, inserida no Poder Judicial e especializada apenas em função de peculiaridade do Direito aplicável⁽⁹⁾.

Entretanto, com a Guerra Civil, o contencioso administrativo esteve completamente suspenso, entre Agosto de 1938 e Março de 1944, tendo-se restabelecido nesta altura o sistema anterior que, por virtude da dispersão de legislação aplicável, veria os seus textos reguladores refundidos por Lei de 8 de Fevereiro de 1952. De referir ainda, neste período, que uma Lei de 1944 deu ao Governo plenos poderes para deixar sem execução as sentenças do contencioso administrativo e que, por razões políticas, se regressou em matéria de pessoal ao sistema de justiça reservada, criando-se para este efeito um «recurso de agravios» em que o Conselho de Ministros era soberano sob audiência prévia do Conselho de Estado.

Em síntese, portanto, podemos verificar as seguintes três linhas na oscilação que se verificou em Espanha, no quadro da organização do contencioso administrativo, desde o seu início e exceptuando o período da sua completa suspensão por virtude da Guerra Civil, entre 1938 e 1944:

(8) FEZAS VITAL, ob. cit., pág. 154.

(9) Sobre este sistema, Lei SANTAMARÍA/Lei MAURA, v. FEZAS VITAL, ob. cit., que pela altura em que o seu estudo foi feito (1938), reflecte sobre este período, anterior à reforma de 1956.

- *judicialismo puro* (sujeição aos Tribunais ordinários, sem qualquer especialização): Constituição de Cádiz de 1812 e de 1868 a 1876;
- *jurisdição especial*, com dois sistemas: Tribunais específicos, entre 1854 e 1856; e o modelo francês, na Constituição de Bayona de 1808, na vigência das Leis de 1845 (1845/54; 1856/68; e 1876/88) e na Lei SANTAMARIA até à Lei MAURA (1888/1904);
- *judicialismo, mas jurisdição especializada* (com integração plena no Poder Judicial e simples especialização em razão da matéria): desde a Lei MAURA de 1904 (1904/38), retomada pela Lei de 1956 em vigor.

4. Organização do contencioso administrativo espanhol. C) — Lei de 1956. Sistema actual.

É esta última orientação que, na verdade, é consolidada com a Lei de 27 de Dezembro de 1956, que reformou o contencioso administrativo espanhol, retomando neste aspecto a Lei MAURA — a que faz expressa referência na sua notável Exposição de Motivos — e levando mesmo mais longe a judicialização do sistema, substituindo os Tribunais Provinciais (criados pela Lei SANTAMARIA) pela competência deferida a Salas de Contencioso-Administrativo criadas nas Audiências Territoriais — à semelhança do Tribunal Supremo ⁽¹⁰⁾.

Na Exposição de Motivos ⁽¹¹⁾, a Lei qualifica-se a si própria de «judicialista, seguindo a orientação que impôs a Lei de 5 de Abril de 1904, enquanto confia a Jurisdição Contencioso-administrativa a verdadeiros Tribunais enquadrados na organização judicial comum e integrados por Magistrados profissionais, com os deveres e incompatibilidades próprios dos mesmos». E, tendo sublinhado que «afasta o sistema harmónico ou misto» — referência à Lei SANTAMARIA de 1888 —, refere, contudo, que, «crendo essencial uma especiali-

⁽¹⁰⁾ A doutrina, com efeito, queixava-se de que a judicialização pela Lei MAURA de 1904 havia sido feita de forma muito deficiente no que toca aos, então, Tribunais Provinciais. Cfr. E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNANDEZ, ob. cit., págs. 490-491.

⁽¹¹⁾ Cfr. Colectânea citada na nota (1)-supra, a pág. 20.

zação do pessoal desta Jurisdição, procurou-a através da selecção dos membros da Carreira Judicial não só por intermédio dos concursos correspondentes (...), mas também mediante prestação de provas ('oposición')».

Em termos gerais, o sistema espanhol manteve a regra da dupla instância para os assuntos decorrentes dos órgãos locais do Estado e da Administração Local e de uma única instância para os decorrentes da Administração Central, sem prejuízo do recurso de revisão, que, nos casos em que é admitido, corre os seus termos numa Sala específica do tribunal Supremo ⁽¹²⁾.

O contencioso administrativo espanhol comporta, assim, actualmente os seguintes órgãos:

- Audiências Territoriais — Salas do Contencioso Administrativo, reguladas pelos arts. 9.º a 12.º, 19.º e 21.º e pela Disposição Transitória 1.ª da Lei de 1956, de que existem as seguintes: Barcelona (duas salas), La Coruña, Sevilha, Valência, Burgos (duas salas, sendo uma em Burgos e outra, Provincial, em Bilbao), Madrid (três salas), Albacete, Cáceres, Granada, Las Palmas, Oviedo, Palma de Maiorca, Pamplona, Valladolid, Saragoça e Santa Cruz de Tenerife ⁽¹³⁾;
- Uma Audiência Nacional, criada pelo Decreto-Lei 1/1977, de 4 de Janeiro, com competência em todo o território nacional no sentido de descongestionar o Tribunal Supremo, mas em termos que a doutrina considera de existência e recorte meramente conjunturais e transitórios ⁽¹⁴⁾;

⁽¹²⁾ Arts. 17.º, 18.º e 102.º da Lei de 27 de Dezembro de 1956. A sala designa-se de «Sala de Revisión de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo».

⁽¹³⁾ A criação e implantação destas Salas das Audiências Territoriais tem sido feita progressivamente e por transferência, a partir dos anteriores Tribunais Provinciais, sendo que algumas se mantêm em funcionamento numa base provincial — é o caso de Bilbao e de Santa Cruz de Tenerife. A sua criação iniciou-se, ao abrigo da Reforma de 1956, em 1960 e o funcionamento das primeiras começou em 1961, havendo nova legislação sobre a matéria em 1962, 1963 e 1973. Cfr. *Colectánea* citada na nota ⁽¹⁾-supra.

⁽¹⁴⁾ Cfr. E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 494.

- Tribunal Supremo — Salas do Contencioso Administrativo, reguladas nos arts. 13.º a 16.º e arts. 19.º e 21.º da Lei de 1956 — são as 3.ª, 4.ª e 5.ª Salas do Tribunal Supremo ⁽¹⁵⁾;
- Tribunal Supremo — Sala de Revisão do Contenciosos Administrativo do Tribunal Supremo, já há pouco referida e regulada pelos arts. 17.º, 18.º e 102.º da Lei de 1956 ⁽¹⁶⁾.

Esta estrutura, porém, está em curso de revisão e sofrerá por certo alterações em breve, embora de natureza sobretudo formal, por força não só do que a doutrina refere quanto à «conjunturalidade» do regime introduzido em 1977 com a criação da Audiência Nacional, mas por força também, da reorganização global de todo o sistema judiciário espanhol decorrente da Constituição de 1978 e que, impondo a criação de Tribunais Superiores de Justiça nas Comunidades Autónomas (art. 152.º, n.º 1) ^(16-a), comportará inevitáveis reflexos para a organização do contencioso administrativo.

5. Composição mista da magistratura do contencioso administrativo espanhol

Um pouco na linha da transacção efectuada já pela Lei SANTAMARIA de 1888, mas em termos mais rigorosos e que tendem a consagrar a plena judicialização do contencioso administrativo espanhol, a composição da Magistratura desta jurisdição é mista, nos termos da Lei de 1956, tanto no que toca às Salas das Audiências Territoriais, como às do Tribunal Supremo.

É uma matéria regulada nos arts. 19.º a 21.º desta Lei.

O sistema é o de nomeação pelo Governo, sob proposta do Ministro da Justiça, mas com respeito de regras rigorosas fixadas nesta Secção e que ditam essa composição por terços.

⁽¹⁵⁾ A 5.ª Sala foi já criada depois da Lei de 1956, pelo Decreto de 14 de Junho de 1957 (B.O.E. n.º 168, de 29-6-57), expressamente para procurar acompanhar e não perturbar o ritmo que ao contencioso administrativo em Espanha foi imprimido pela Reforma de 1956.

⁽¹⁶⁾ A orgânica do contencioso administrativo espanhol consta do art. 8.º da Lei de 1956, completada quanto à Audiência Nacional pelo Decreto-Lei 1/1977, de 4 de Janeiro. Cfr. ainda o que se refere na nota ⁽³⁹⁾-infra, que se reporta a legislação já de 1979 e 1980.

É assim que, quanto às Audiências Territoriais, a composição das respectivas Salas do Contencioso Administrativo (art. 21.º) deve respeitar a regra de que:

- 2/3 provenham de Magistrados com categoria para pertencer à Audiência Territorial e sujeitos a concurso, onde será critério de preferência a especialização em Direito Administrativo;
- e o outro 1/3 por prestação de provas entre funcionários das carreiras administrativa e fiscal com três anos de serviço efectivo, devendo esta prestação de provas verificar não só os conhecimentos jurídicos gerais, mas a especialização jurídico-administrativa, e ficando classificados como «Magistrados de ascenso» — embora nos últimos lugares desta categoria, mas sempre adstrictos à jurisdição contencioso-administrativa e sem prejuízo dos seus direitos anteriores nas respectivas carreiras.

E, por seu turno, quanto às Salas do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo, o art.º 20.º da mesma Lei de 1956 fixava que:

- 1/3 dos seus membros devia ser designado entre Magistrados, com respeito das regras gerais de promoção para o Supremo Tribunal;
- outro 1/3 entre Magistrados permanentemente adstrictos à jurisdição contencioso-administrativa e com dez anos de serviço nesta qualidade;
- e o último 1/3 entre várias categorias que podemos incluir num grupo de «grandes juristas», «altos funcionários» e «práticos experimentados».

De assinalar, todavia, que, quanto à composição das Salas do Tribunal Supremo, já sobreveio uma *alteração*, igualmente no sentido da plena judicialização do sistema. Foi introduzida em 1974 pela Lei de Bases Orgânica da Justiça ⁽¹⁷⁾, no sentido de que 2/5 dos membros dessas Salas sejam de procedência judicial, outros 2/5 de entre os Magistrados especialistas nesta matéria acima referidos e 1/5 apenas da última categoria mencionada.

(17) Cfr. art. 68.º, n.º 2, da lei citada no texto, in Colectânia referida na nota (1)-supra, pág. 240.

6. Competência dos diversos órgãos

É esta uma matéria regulada, designadamente, nos arts. 10.º, 11.º e 14.º da Lei de 1956, nos arts. 33.º, 36.º e 41.º da Lei Orgânica de Justiça acabada de referir (28 Nov. 1974), no Decreto-Lei 1/1977, de 4 de Janeiro, que criou a Audiência Nacional, e ainda pela anterior Lei 10/1973, de 17 de Março, modificando aqueles artigos da Lei de 1956. Ambos estes últimos diplomas (de 1973 e 1977) procuraram, como se referiu, descongestionar o Tribunal Supremo.

O sistema é, assim, actualmente, algo confuso e carecendo de revisão, como a própria doutrina o sublinha, sendo que as Audiências Territoriais já têm competência para apreciar actos emanados de órgãos de âmbito nacional, mas de hierarquia inferior a Ministro (desde a Lei de 1973) e que, entretanto, o Decreto-Lei de 1977 instituiu uma Audiência Nacional com competência em todo o território, além das Salas do Tribunal Supremo.

Assim, a competência das *Audiências Territoriais (Salas do Contencioso Administrativo)* distribui-se, entre si, em razão do lugar onde tenha sido praticado o acto de que se recorre, com excepção das questões referentes a pessoal, «propriedades especiais» ou expropriação, em que ao recorrente é livre a opção entre o foro da sua residência ou o foro correspondente ao lugar em que foi praticado o acto recorrido.

Por outro lado, são competentes para apreciar os recursos dos actos de órgãos da Administração Pública cuja competência se não estenda a todo o território nacional e, em matérias de pessoal, «propriedades especiais» e expropriação, dos actos e resoluções determinados por órgãos da Administração Pública cuja competência, embora estendendo-se a todo o território, seja de nível orgânico inferior a Ministro. E abrange ainda actos, «expressos ou presumidos», de Ministros, Autoridades e órgãos centrais de hierarquia inferior, resolútorios de recursos administrativos (processo gracioso), incluindo o económico-administrativo, e os que se ditam no exercício da função fiscalizadora sobre órgãos ou entidades cuja competência não se estenda a todo o território nacional, «qualquer que seja a matéria a que se refira», com a única excepção das decisões ministeriais que reformam o acto do inferior hierárquico.

A expressão que se sublinhou é importante, uma vez que, mau grado a amplitude aparente do seu sentido, a jurisprudência viria a limitá-lo igualmente às questões de pessoal, «propiedades especiales» e expropriação⁽¹⁸⁾.

As Audiências Territoriais conhecem ainda obviamente, nos termos do mesmo articulado, dos recursos contra as questões que os Governadores Cívicos ou os Presidentes das Corporações Locais suscitem, ao suspender decisões tomadas por estas.

Quanto à *Audiência Nacional*, criada em 1977, tem competência relativamente a órgãos que abrangem todo o território nacional. E conhece, em primeira instância, dos recursos contra actos da Administração Pública Central (tomados por órgãos com âmbito nacional), cujo nível orgânico seja inferior ao das chamadas Comissões Delegadas do Governo, seja qual for a matéria, exceptuadas as questões de pessoal, «propiedades especiales» e expropriações — que cabem, como se viu, às Audiências Territoriais — e outras que a Lei de 1977 continuou a reservar ao Tribunal Supremo como se verá.

Enfim, o *Tribunal Supremo* (*Salas 3.ª, 4.ª e 5.ª — do Contencioso Administrativo*), mantém-se competente para apreciar: as disposições de carácter geral emanadas de órgãos da Administração Central, com competência sobre todo o território; as decisões do Conselho de Ministros ou das Comissões Delegadas do Governo; as deliberações do Conselho Superior de Justiça Militar, ou sob proposta ou informação do mesmo; os actos praticados após audiência prévia do Conselho do Estado; e os recursos interpostos, em matéria de responsabilidade patrimonial decorrente de decisões do Governo (Conselho de Ministros ou Comissões Delegadas), ou interpostos por Governadores Cívicos e autoridades ou funcionários com nível superior a Director-Geral.

O Tribunal Supremo é ainda competente para os recursos de apelação ou de revisão relativos a sentenças das Audiências Territoriais ou da Audiência Nacional e, numa Sala específica para esse efeito, como já se viu, cabe-lhe também apreciar recursos de revisão contra sentenças das próprias Salas do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo.

(18) Sentença do Tribunal Supremo de 14 de Dezembro de 1975, citada em E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNANDEZ, ob. cit., pág. 495.

7. Âmbito do contencioso administrativo.

A cláusula geral

Já se viu que a Lei SANTAMARIA de 1888 avançou, do sistema anterior de lista de actos sujeitos ao contencioso administrativo, para o sistema de cláusula geral com excepções. Mas, neste quadro, era tão numeroso o elenco das excepções — incluindo a exclusão quase total da discricionariedade —, que a cláusula geral era-o, afinal, bem pouco, sendo-o apenas no estreito limite do exercício vinculado de competências pela Administração e, ainda aqui, com o limite da existência de um «direito subjectivo de carácter administrativo».

É este mesmo sistema de cláusula geral que, em termos bem mais amplos, foi sublinhado pela Reforma de 1956.

Com efeito, o art. 1.º da Lei de 28 de Dezembro de 1956 começa por referir que «a *Jurisdição Contencioso-administrativa conhecerá das pretensões que se deduzam relativamente aos actos da Administração Pública sujeitos ao Direito Administrativo e com as disposições de categoria inferior à Lei*», incluindo na noção de Administração Pública, como é comum, a Administração do Estado em todos os seus graus, as entidades da Administração Local e as corporações e instituições públicas submetidas à tutela desta e daquela.

Por outro lado, os arts. 3.º e 4.º da mesma Lei estendem ainda esta competência ao cumprimento, interpretação, resolução e efeitos de contratos administrativos (em matéria de obras e serviços públicos de qualquer natureza), às questões que envolvam responsabilidade patrimonial da Administração, às questões prejudiciais ou aos incidentes suscitados em qualquer recurso de contencioso administrativo independentemente da sua natureza (com a ressalva de que a sua decisão, aqui, não produz naturalmente caso julgado) ⁽¹⁹⁾ e a outras matérias que a lei lhe atribua.

Como únicos limites a esta cláusula geral, valia inicialmente o disposto nos arts. 2.º e 40.º da mesma Lei de 1956.

O primeiro, excluindo (além dos actos políticos — que identifica — e dos conflitos de atribuições — sujeitos a legislação específica) ⁽²⁰⁾ todas as ques-

⁽¹⁹⁾ A *matéria penal*, nos termos do mesmo art. 4.º, continua *absolutamente excluída* de apreciação em sede de contencioso administrativo, que, nem a título de incidente ou de questão prejudicial, a pode apreciar e decidir.

⁽²⁰⁾ A já referida Lei de 17 de Julho de 1948.

tões de natureza cível ou penal atribuídas a jurisdição ordinária ou quaisquer outras atribuídas por lei à jurisdição social ou a outra jurisdição específica. E o segundo, excluindo: os actos repetitivos de outros anteriores, ou confirmatórios de decisões consentidas; os actos em função de polícia sobre a imprensa, rádio, cinema e teatro (20-a); as decisões ministeriais relativas a distinções militares; outros actos governamentais próprios da Justiça Militar; os demais actos expressamente excluídos, por lei específica, do âmbito do contencioso administrativo.

E, na verdade, nos primeiros anos de vigência da Reforma de 1956, a tentação foi grande, segundo relatam E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNÁNDEZ, de abrir excepções, por lei especial, à cláusula geral daquela lei fundamental, ainda que os progressos fossem, em qualquer caso, assinaláveis face ao sistema anterior inspirado na formalista e restritiva Lei SANTA-MARÍA (21).

Todavia, a recente Constituição de 1978 pôs termo definitivamente a estes limites, consolidando a cláusula geral e derogando todas as excepções anteriores (21-a). E fê-lo em termos vários: quer consagrando como um direito fundamental a plena garantia jurisdicional (art. 24.º, n.º 1), quer submetendo inteiramente a Administração à Lei e ao Direito (art. 103.º, n.º 1); quer afirmando que «os Tribunais controlam o Poder regulamentar e a legalidade da acção administrativa, assim como a sujeição desta aos fins que a justificam» (art. 106.º), quer fixando outras regras ainda, que adiante se referirão, designadamente em matéria de execução das sentenças (21-b).

(20-a) A Lei 14/1966, de 18 de Março, e Lei 46/1967, de 22 de Julho, já haviam revogado esta exclusão nas matérias referentes, respectivamente, à imprensa e ao cinema e teatro.

(21) Cfr. E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNÁNDEZ, ob. cit., Vol. II, págs. 497 e 513 e segs.

(21-a) Com ressalva, como é manifesto, dos «actos repetitivos de outros anteriores ou confirmatórios de decisões consentidas», que não constituem propriamente, em caso algum, quebras de uma cláusula geral.

(21-b) É a seguinte a redacção das disposições constitucionais citadas. Art. 24.º, n.º 1: «Todas as pessoas têm o direito de obter a tutela efectiva dos seus direitos e interesses legítimos pelos juizes e tribunais e *em nenhum caso pode ser denegada justiça*». Art. 103.º, n.º 1: *A Administração Pública* prossegue com objectividade os interesses gerais e actua de harmonia com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização e coordenação, *com sujeição plena à Lei e ao Direito*. E art. 106.º, n.º 1 — já transcrito no texto. Quanto à execução das sentenças, cfr. ponto n.º 7-infra.

Está, por conseguinte, consolidada no Direito Administrativo espanhol a cláusula geral em matéria de contencioso administrativo, sendo de acentuar que, já antes da Constituição de 1978 e desde a Reforma de 1956, a jurisdição administrativa podia apreciar, sem margem para dúvidas, disposições regulamentares de carácter geral, mesmo a nível central, ao contrário do que caracterizava o sistema anterior, onde, conforme refere FEZAS VITAL ⁽²²⁾, apenas era admitida, ao abrigo da Lei SANTAMARÍA, o chamado recurso indirecto contra os actos decorrentes de um regulamento ilegal.

Resta apenas saber, confirmada pela Constituição de 1978 a plenitude da garantia jurisdicional em matéria de Direito Administrativo, como irá a nova legislação regular a matéria dos actos políticos, além de que sempre — como é óbvio — continuarão naturalmente excluídas do seu foro as matérias do domínio civil, penal, laboral, ou conferidas a outros órgãos judiciais específicos, como actualmente sucede ⁽²³⁾.

6. A singularidade do regime espanhol:

O «carácter revisor» do contencioso administrativo (contencioso de mera anulação ou contencioso de plena jurisdição)

Nem a doutrina, nem a jurisprudência assimilaram alguma vez em Espanha a distinção clássica, conforme ao modelo francês, entre contencioso de anulação e contencioso de plena jurisdição, antes concorrendo no sentido da construção de um modelo original — F. GARRIDO FALLA destaca a peculiaridade do regime administrativo espanhol ⁽²⁴⁾ —, afastando expressamente o rigor e a correcção daquela diferenciação, antes definindo o sistema vigente em Espanha como sendo de «carácter revisor» — noção esta que, contudo, não

⁽²²⁾ Cfr. ob. cit., págs. 152-153.

⁽²³⁾ A constitucionalização do contencioso administrativo e das respectivas garantias no sentido de pressionar o seu avanço acompanha, assim, o que ocorreu também em Portugal. Primeiro, com a revisão de 1971 ainda na vigência da Constituição de 1933 — art. 8.º, n.º 21. Depois, com a Constituição de 1976. E, enfim, mais profundamente ainda, com a recente revisão de 1982 da Constituição de 1976 — designadamente o art. 268.º, n.º 3.

⁽²⁴⁾ Ob. cit., Vol. 1 págs. 110 e segs.

se encontra rigorosamente apurada nalguns aspectos e que comporta conflitos de entendimento entre a doutrina e uma jurisprudência de evolução sempre paulatina.

E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNÁNDEZ, com efeito, entre outras referências à mesma questão, assinalam como, durante a Ditadura de Primo de Rivera, foi feita uma tentativa de transplantar para o Direito espanhol «a distinção francesa entre os dois tipos de recursos, segundo a natureza da pretensão apresentada (de anulação ou de plena jurisdição), distinção que nunca foi bem assimilada e que acabou por se diluir na prática, tornando-se habitual a utilização de ambos ⁽²⁵⁾».

Por outro lado, a Exposição de Motivos da Lei de 1956 é clara, ao afastar expressamente a instituição de dois recursos distintos, qualificados de anulação e de plena jurisdição, na técnica do direito francês. E sublinha que a Lei não o considerou necessário, nem conveniente, por várias razões que, de seguida, enuncia:

- primeiro, o facto de aquela «dupla classificação, sem tradição no nosso Direito [o espanhol] (...), corresponder à técnica peculiar do seu País de origem, que está muito longe de ter sido recebida em Espanha»;
- segundo, a circunstância de «a gama das ilicitudes possíveis ser muito mais ampla e variada do que as supostas pelo Ordenamento jurídico francês», cuja diferenciação de fundamento é, na mesma Exposição, acusada, nessa medida, de ser «falha de rigor lógico» e de responder a um «fundamento de divisão artificioso»;
- terceiro, a ponderação de que o que importa, face a uma pretensão determinada, «é tornar expedita a Justiça, em vez de a dificultar com a imposição de um requisito puramente formal (...), sobretudo se o erro na qualificação pudesse determinar que prevalecesse o acto, ainda que desconforme ao Direito»;
- e, quarto, concluindo que «as diferenças que possam assinalar-se [entre os dois tipos de recursos e de processos, usuais no Direito francês]

⁽²⁵⁾ Cfr. ob. cit., Vol. II, pág. 491. Outra inovação tentada durante a Ditadura de Primo de Rivera foi a da introdução da «acção popular» ao nível local, pelo Estatuto Municipal de CALVO SOTELO, de 8 de Março de 1924. Ao que parece, porém, igualmente sem grande sucesso. Sobre o mesmo assunto, v. ainda FEZAS VITAL, ob. cit., págs. 154 e segs.

não são suficientes para configurar dois recursos autónomos, sobretudo não sendo diferenças qualitativas, mas apenas de grau».

Por isso, afastando expressamente por clara opção do legislador esta diferenciação típica do modelo francês, a Lei e a doutrina preferem falar de «natureza revisora» da jurisdição administrativa em Espanha, em termos que, ponderando os amplos poderes realmente conferidos aos Magistrados neste domínio, habilitam os autores a ponderar que o sistema espanhol é mesmo mais avançado que o do contencioso administrativo no Direito francês (26).

Mas em que consiste este singular «carácter revisor» do contencioso administrativo em Espanha?

Desde logo, importa assinalar que a noção e os seus limites não são pacíficos entre a doutrina e a jurisprudência, chegando E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNÁNDEZ (27), ao comentarem um certo entendimento jurisprudencial limitativo, a falar no «tão traído carácter revisor da jurisdição» — e citando, em seu apoio, não só jurisprudência mais moderna do Tribunal Supremo (sentenças várias de 1967 a 1979), mas a própria Exposição de Motivos da Lei de 1956 e o articulado desta.

Deve sublinhar-se aqui, na verdade, que a Reforma de 1956 foi fundamentalmente inspirada contra o excessivo formalismo do sistema anterior da legislação de 1888-1894 — reforma que, de acordo com a Exposição de Motivos que temos vindo a referir, «vinha sendo de há anos unanimemente exigida pela Magistratura, a Advogacia e a doutrina». E acrescenta-se que, na elaboração desta Reforma, não se esqueceu a experiência do sistema anterior, «recolhendo-se as *orientações da jurisprudência realmente aproveitáveis*», mas «redigindo os preceitos da Lei por forma a evitar *interpretações formalistas* que, conduzindo à inadmissibilidade de numerosos recursos de contencioso administrativo, implicavam a subsistência de infracções administrativas contrárias à Justiça, a qual é o conteúdo do verdadeiro interesse público e o fundamento básico de toda a organização política».

Reacção ao formalismo exagerado do sistema anterior e plenitude da garantia jurisdiccional efectiva em matéria de contencioso administrativo são, pois,

(26) E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 499.

(27) Ibidem, págs. 500 e segs.

inspirações básicas da Reforma de 1956 e da natureza «sui generis» do sistema espanhol — nem de mera anulação, nem de plena jurisdição; antes com «carácter revisor».

É aqui que importa também entender a crítica levantada por alguns autores — às vezes, em termos agudos — quanto à subsistência, no plano jurisprudencial, dos critérios «formalistas» da Lei SANTAMARÍA, ainda quando depois de afastada pela Lei de 1956.

Este «carácter revisor» exige, é certo, nalguma medida, a prática anterior de um acto administrativo e o esgotamento da via hierárquica, assim como que o contencioso administrativo nunca chegue a invadir a esfera administrativa propriamente dita, decidindo em seu lugar — este foi o entendimento inicial dado pela jurisprudência, aproximando-se assim do contencioso de mera anulação.

Mas, em contrapartida, vários outros aspectos importa sublinhar, no regime espanhol:

- primeiro, o facto de o *objecto do recurso administrativo* ser não o acto administrativo impugnado, mas expressamente (art. 1.º da Lei de 1956) «as pretensões que se deduzam em relação com os actos da Administração Pública»;
- segundo, nesta medida, a circunstância de o acto administrativo, não sendo o objecto do processo, ser encarado correntemente como um simples *pretexto* para que o «recurso» ^(27-a) possa interpor-se e apenas por virtude de que, expresso ou presumido, serve para identificar um conflito e a sua existência. E a Exposição de Motivos é, na verdade, cuidada neste ponto, ao esclarecer directamente que «a Jurisdição contencioso-administrativa é (...) revisora enquanto requer a existência prévia de um acto da Administração, mas sem que isto signifique (...) que seja impertinente a prova, apesar de não existir conformidade nos factos do pedido, nem que seja inadmissível aduzir na via contenciosa qualquer fundamento que não tenha sido previamente exposto perante a Administração»;

(27-a) A Exposição de Motivos da Lei de 1956 lastima-se, aqui, por conservar «uma terminologia, como a de recurso contencioso administrativo, que, pese às objecções fundadas de que tem sido objecto, é a tradicional e comumente admitida».

- terceiro, o facto de o contencioso administrativo em Espanha ser sempre claramente um processo entre partes ⁽²⁸⁾ e não um processo contra o acto. A mesma Exposição de Motivos, sublinha, com efeito, que «se segue um autêntico juízo ou processo entre partes, cuja missão é examinar as pretensões que o autor apresente com fundamento num acto administrativo»;
- quarto, a circunstância de que se podem deduzir *pretensões* não só de anulação de actos administrativos ou de disposições regulamentares, mas também (art. 42.º, Lei de 1956) de «reconhecimento de uma situação jurídica individualizada e de adopção das medidas adequadas ao pleno restabelecimento da mesma, nomeadamente através da indemnização por danos e prejuízos, quando proceda»;
- quinto, o facto de o recurso contencioso não ser encarado como de segunda instância após o esgotamento da via administrativa, mas expressamente como um processo comum de conhecimento em primeira instância, com toda a liberdade e amplitude daí decorrentes. E a Exposição de Motivos, que se tem seguido, refere directamente que «não se quis conceber a Jurisdição Contencioso-administrativa como uma segunda instância (...). O processo diante da Jurisdição Contencioso-administrativa não é uma Cassação, antes — em sentido próprio — uma primeira instância jurisdicional»;
- sexto, os amplos poderes conferidos ao Magistrado do contencioso administrativo, em termos mais vastos mesmo que os do juiz ordinário, podendo, nos termos do art. 74.º, n.º 3, e art. 75.º, considerar procedente a prova sempre que haja relevante desconformidade nos factos e, inclusivamente, podendo *averiguá-lo oficiosamente* «no sentido da mais acertada decisão da questão». E, por outro lado, o art. 84.º da mesma Lei de 1956 especifica que a sentença pode declarar a nulidade, ou anular total ou parcialmente o acto ou disposição recorridos, ou determinar a indemnização devida (em fase de execução), ou ainda reconhecer a situação jurídica individualizada ofendida e «*adoptar quantas medidas sejam necessárias ao pleno restabelecimento da mesma*»;

⁽²⁸⁾ Cfr. arts. 27.º e segs. da Lei de 1956 e E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNANDEZ, ob. cit., págs. 527 e segs.

- sétimo, na mesma linha, a circunstância de que, nos termos do art. 43.º desta Lei, o Tribunal pode também introduzir no processo, *oficiosamente*, outros motivos susceptíveis de fundamentar o recurso ou a sua contestação, «se considerar que não foi devidamente apreciado pelas partes e que existem outros motivos atendíveis», com o único limite de que tem de o submeter ao contraditório — isto é, a novas alegações — e de, sob pena de ofender a regra processual da congruência, não poder exceder, em si mesmas, nem as pretensões do pedido, nem as da contestação;
- oitavo, como sublinham E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNANDEZ ⁽²⁹⁾, o facto de o contencioso administrativo espanhol haver excedido o âmbito das pretensões e das sentenças «puramente declarativas, para admitir com completa normalidade as pretensões (e sentenças) de condenação contra a Administração (sejam de fazer, ou de não fazer, ou de dar)». E, acentuando ainda este facto, conjugado com o regime de execução das sentenças, onde se procura impor a sua efectividade real — aqueles autores consideram que isto constitui um dos pontos mais progressivos do sistema espanhol, em «notável avanço sobre o próprio modelo francês, ainda preso ao mito do carácter 'objectivo' do recurso» (sic);
- e, em nono lugar, por último, a valorização que é feita, neste quadro, do acto tácito da Administração, em termos que, aliás, podem ser tais para o avanço da nossa doutrina e jurisprudência. É esta uma matéria regulada no art. 38.º da Lei de 1956 e nos arts. 94.º e 95.º da Lei do Processo Administrativo ⁽³⁰⁾. Na verdade, num acto tácito e na sua valorização para este efeito, nunca existe, como é óbvio, propriamente um acto administrativo expresso, mas tão-só a sua presunção. Ora, sendo que, como já visto, não só a doutrina espanhola, mas expressamente a lei, encaram o acto administrativo não como o objecto do recurso, mas como o seu simples «pretexto» — na simples medida em que perfila e evidência o conflito —, compreende-se a pressão da doutrina, bem como o avanço da jurisprudência espanhola, no sentido de,

⁽²⁹⁾ Ob. cit., pág. 540.

⁽³⁰⁾ O que chamaríamos de processo gracioso. Lei de 17 de Julho de 1958, modificada pela Lei de 2 de Dezembro de 1963.

recentemente, em 1978 e em 1979, haver mesmo atendido recursos interpostos prematuramente, antes mesmo de haver transcorrido o prazo que marca o silêncio negativo da Administração (31).

Todos estes aspectos que acabam de referir-se afastam, na verdade, o sistema espanhol do modelo de contencioso administrativo de mera anulação, sem embargo dos elementos anteriormente referidos, e sem também o poder fazer coincidir rigorosamente com o sistema de plena jurisdição, tal como, em França, é concebida a diferenciação dos dois processos. Antes, em Espanha, como referido, os dois sistemas se diluem de um modo peculiar.

O objectivo, como se sublinhou, é o de assegurar a plenitude da garantia jurisdicional face à Administração, sem qualquer constringimento «formalista». É nessa medida que, sem prejuízo do carácter fundamentalmente impugnatório do processo, a Exposição de Motivos da Reforma de 1956 acentua como «a existência de um acto administrativo como pressuposto de admissibilidade da acção contencioso-administrativa (31-a) não deve ser erigida como obstáculo que impeça às partes submeter as suas pretensões ao juízo da Jurisdição Contencioso-administrativa» e precisa, mais adiante, que a avaliação do Tribunal se pode traduzir, «sendo uma declaração de ilicitude, ou na anulação do acto, ou em disposição» concreta.

É, em síntese, o conceito-base de que *as formalidades e exigências processuais são instrumento de Justiça e não podem erigir-se, nem ser erigidas, em seu obstáculo.*

9. Execução das sentenças

O regime de execução das sentenças é em Espanha, como noutros países, o obstáculo mais dificilmente ultrapassável em todo o sistema.

O regime da Reforma de 1956 era o da execução condicionada, competindo, nos termos do art. 103º, «a execução das sentenças ao órgão que tivesse

(31) Sentenças de 17 Fev. 1978 (Tribunal Supremo) e de 7 Fev. 1979 (Audiência Nacional), citadas em E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNÁNDEZ, ob. cit., Vol. II, pág. 503.

(31-a) Confronte-se com a transcrição feita na nota (27-a)-supra.

ditado o acto ou a disposição objecto do recurso». Este regime conduzia, afinal, no dizer da doutrina, a que as *sentenças* do contencioso administrativo fossem *meramente declarativas*, sendo certo que o art. 44.º da LPG (Lei Geral do Orçamento, de 4 de Janeiro de 1977) continuava ainda a dispor, nesta data bem recente, que os Juizes e os Tribunais «não poderão determinar mandados de execução, nem ditar providências de embargo contra os direitos, os fundos, os valores e os bens em geral da Fazenda Pública».

Contudo, a própria Lei de 1956 continha já uma série de disposições, em ordem a compelir a Administração à execução efectiva das sentenças do contencioso administrativo:

- primeira, a de que a suspensão ou a inexecução, total ou parcial, de uma sentença só podia ser deliberada pelo Conselho de Ministros, num prazo de dois meses sobre o recebimento daquela, e num quadro muito apertado de circunstâncias (transtorno da ordem pública; temor fundado de guerra; quebra da integridade do território; ou prejuízo grave da Fazenda Pública) — art. 105.º;
- segunda, a de que a execução das sentenças ficava confiada «à responsabilidade pessoal e directa dos agentes da Administração» a quem competisse funcionalmente o seu cumprimento, podendo estes, em caso de inobservância, ser objecto de procedimento cível e inclusive criminal — arts. 105.º, n.º 6, e 109.º;
- terceira, a de que, em caso de indemnização, a Administração era obrigada, na eventualidade de ser necessário um suplemento de crédito ou orçamentação extraordinária, a processar a sua tramitação no prazo de um mês — art. 108.º;
- quarta, a de que, em caso de suspensão temporária ou de inexecução total ou parcial, o mesmo Tribunal autor da sentença fixaria a indemnização devida por esse facto ao recorrente vencedor — art. 106.º;
- quinta, a de que, passados três meses sem pagamento da indemnização devida, o Estado teria de pagar o juro legal do Banco de Espanha e, decorridos seis meses sem a efectivação do pagamento, o Tribunal reavaliaria o montante da indemnização — art. 106.º da Lei de 1956,

- art. 45.º da Lei Geral do Orçamento e sentença do Tribunal Supremo de 2 de Fevereiro de 1980 ⁽³²⁾;
- e sexta, por último, a expressa determinação do art. 8.º, n.º 1, e do art. 110.º da Lei de 1956, no sentido quer de que «os órgãos competentes para conhecer de um assunto terão também competência para todas as suas incidências e para fiscalizar a execução da sentença que determinem», quer de que o Tribunal julgador «adoptará, a pedido das partes interessadas, quantas medidas sejam necessárias para a promover e activar» — regra geral que cobre, assim, o regime enunciado nos parágrafos anteriores.

Vale ainda a pena referir que, segundo E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNÁNDEZ ⁽³³⁾, não só, neste quadro apertado, as possibilidades de a Administração ignorar as sentenças eram muito reduzidas, como a verdade é que a Administração nunca seguiu sequer, de facto, esse caminho.

Importa, todavia, acentuar sobretudo, neste Capítulo, como a recente Constituição de 1978 veio afastar por completo essa possibilidade de inexecução das sentenças, ao determinar, no respectivo art. 117.º, n.º 3, que «*o exercício da função jurisdicional em todo o tipo de processos, julgando e fazendo executar o julgado, compete exclusivamente aos Julgados e Tribunais determinados pelas Leis*». Isto mesmo é ainda reforçado no mesmo sentido pelo art. 118.º da Constituição, que torna obrigatório, sem qualquer excepção, o pleno acatamento das sentenças ^(33-a).

Ou seja, a reforma constitucional de 1978 deu, também aqui, um passo decisivo em ordem à plenitude da garantia jurisdicional face à Administração, nomeadamente no seu aspecto mais delicado, difícil e melindroso, como é o da execução das sentenças do contencioso administrativo.

⁽³²⁾ Citada em E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNANDÉZ, ob. cit., pág. 569.

⁽³³⁾ Ibidem, pág. 568.

^(33-a) O art. 118.º dispõe que «é obrigatório cumprir as sentenças e as demais resoluções definitivas dos Juizes e Tribunais e prestar-lhes a colaboração que solicitem durante os processos e na execução das suas decisões». O conjunto destas disposições da Constituição espanhola de 1978 é, por conseguinte, mais forte e vigoroso que o texto da nossa Constituição, mesmo após a revisão de 1982, sem prejuízo de outros avanços que o legislador possa consolidar no espírito já evidenciado no Decreto-Lei n.º 256-A/77. É que, na verdade, mau grado a amplitude aparente do art. 210.º, n.º 2, da nossa Constituição, o seu n.º 3 continua a remeter para a lei ordinária, sem sólida garantia constitucional, a regulação dos «termos da execução das decisões dos Tribunais relativamente a qualquer autoridade».

De tal modo que alguns autores, sublinhando a aplicação directa e imediata das disposições constitucionais — independentemente da actualização da legislação que está em curso —, chegam a sustentar, em casos extremos de conflito, a validade de ordens de pagamento directamente emitidas pelos Tribunais sobre o Banco de Espanha, para execução das respectivas sentenças ⁽³⁴⁾.

10. Conflitos de jurisdição

No quadro da organização do contencioso administrativo espanhol, que atrás se deixou referida, não cabe naturalmente a existência de um Tribunal de Conflitos, diferentemente do que sucede em França e também entre nós ⁽³⁵⁾.

A matéria, em Espanha, está prevista no art. 6.º da Lei de 1956, que remete inteiramente para a inicialmente referida *Lei de 17 de Julho de 1948* — «os conflitos jurisdicionais que se suscitarem entre a Jurisdição Contencioso-administrativa e a Administração ou outras Jurisdições serão resolvidos nos termos da legislação aplicável».

Desta Lei de 1948, importa sobretudo reter o disposto nos seus arts. 1.º e 2.º ⁽³⁶⁾.

Este último reporta-se aos conflitos de jurisdição na Ordem Judicial — «os conflitos que se suscitem entre os Tribunais ordinários e os especializados ou entre os Tribunais de duas jurisdições especializadas». Estes conflitos são resolvidos pelo Tribunal Supremo, numa Sala específica para o efeito, cuja composição está, hoje, fixada por Decreto de 3 de Outubro de 1950 ⁽³⁷⁾: o Presi-

⁽³⁴⁾ E. GARCIA ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 569.

⁽³⁵⁾ É curioso notar que, na brevíssima referência que faz ao sistema português, F. GARRIDO FALLA acentua precisamente este aspecto como evidenciando a similitude entre o nosso sistema e o modelo francês, diferentemente da evolução seguida em Espanha no nosso século — em Portugal, «as características que hoje em dia se podem assinalar (...) não diferem, portanto, do regime francês, existindo, inclusivamente, um Tribunal de Conflitos e Tribunais administrativos». Cfr. ob. cit., pág. 110.

⁽³⁶⁾ ⁽³⁷⁾ Cfr. Colectânea referida na nota ⁽¹⁾ -supra, págs 210-211. E ainda E. GARCIA DE ENTERRÍA e T. RAMÓN FERNÁNDEZ, ob. cit., Vol. II, págs. 521-522.

dente do próprio Tribunal Supremo e dois Magistrados procedentes de Salas distintas, consoante a natureza do assunto e as jurisdições que intervenham no conflito — isto é, no caso que nos interessa, um Magistrado das Salas do Contencioso Administrativo e outro da Sala que corresponda à outra jurisdição envolvida, além do Presidente do Tribunal Supremo.

Quanto ao art. 1.º da Lei de 1948, em análise, regula os conflitos de competência entre os Tribunais e a Administração, bem como os conflitos de atribuições dentro da Administração. Nestes casos, a decisão final cabe ao Chefe de Estado, sob proposta prévia do Conselho de Estado e intervindo também o Governo no respectivo processo ^(37-a).

Em todos estes casos, o regime não difere, quer se trate de conflitos positivos, quer de conflitos negativos de competência.

Como curiosidade final, assinale-se ainda que, nos termos do art. 5.º, n.º 3, da Lei de 1956, sempre que um Tribunal do contencioso administrativo se considere incompetente para a apreciação de uma questão, deve declará-lo de forma fundamentada e «indicando a jurisdição concreta que estime competente», renovando-se durante um mês o prazo para que o interessado interponha o recurso perante esta última. Sem dúvida uma manifestação mais do espírito anti-formalista que inspirou toda a Reforma de 1956, como já se acentuou.

A doutrina, porém, não se mostra ainda plenamente satisfeita com este sistema, em que denuncia alguns defeitos, manifestando a conveniência da sua próxima revisão, designadamente no sentido de introduzir também em Espanha, tal como já vigoram em França, providências de reenvio, facultativo ou obrigatório, que, com carácter preventivo, permitam a definição pela instância superior competente (em França, o Tribunal de Conflitos) da jurisdição adequada, quando haja profundas dúvidas na sua determinação.

^(37-a) Este processo é regulado nos arts. 7.º segs. da Lei de 1948, em referência.

11. Conclusão. Algumas linhas da evolução futura do contencioso administrativo espanhol

Procurou-se deixar descritas as principais características do sistema espanhol, bem como da respectiva evolução passada.

É um sistema plenamente integrado no Poder Judicial e na orgânica judiciária comum ⁽³⁸⁾, diferenciando-se e organizando-se no seio desta, de acordo com um critério de especialização técnica, por intermédio de Salas do Contencioso Administrativo.

Por outro lado, é um sistema «sui generis», que a si próprio se define como tendo «carácter revisor» e afastando expressamente a distinção clássica entre contencioso de mera anulação e contencioso de plena jurisdição.

Em Espanha, vigora também a regra da cláusula geral, consolidada pela recente Constituição de 1978, que veio assegurar ainda a efectividade da execução das sentenças da jurisdição contencioso-administrativa, em termos a que a Administração tem de sujeitar-se plenamente.

Está, assim, completado um quadro de plenitude das garantias jurisdicionais do cidadão perante a Administração, culminando uma evolução de cerca de século e meio. E pode, aqui, afirmar-se que *só a garantia constitucional, recentemente introduzida, quanto à execução efectiva das sentenças vem completar o edifício da chamada «justiça delegada»*, que em Espanha começou a introduzir-se, a nível de contencioso central, com a Lei SANTAMARÍA de 1888 e que, desde 1845, já existia para o contencioso local.

De facto, em Espanha como noutros Ordenamentos, a faculdade de a Administração se afastar da sentença e se eximir ao seu cumprimento correspondia ainda, no fundo, sob a capa formal de uma justiça delegada (mas meramente declarativa e de execução condicionada), a uma reminiscência velada do velho sistema da «justiça reservada», ou do «administrador-juiz». Uma reminiscência que progressivamente se foi atenuando e apagando ao longo do tempo e que, em Espanha, com a Constituição de 1978 desapareceu por completo —

⁽³⁸⁾ A Constituição de 1978, no n.º 5 do art. 117.º e no n.º 1 do art. 123.º, consolida também este aspecto. O primeiro, ao afirmar o *princípio da unidade jurisdicional* — «O princípio da unidade jurisdicional é a base da organização e do funcionamento dos tribunais». O segundo, referente ao Tribunal Supremo, declarando-o «com jurisdição em toda a Espanha», como «o órgão jurisdicional superior a todas as ordens, salvo o disposto em matéria de garantias constitucionais [Tribunal Constitucional — arts. 159.º e segs.]»

mas que ajuda a compreender e a evidenciar, à semelhança da experiência de outros Países, como a garantia efectiva de execução das sentenças e de verdadeira e plena sujeição da Administração tem sido sempre a última e a mais difícil conquista, na construção progressiva do Direito Administrativo e de um contencioso independente e realmente soberano neste domínio.

Por último, importa apenas referir ainda algumas linhas da provável evolução futura do contencioso administrativo em Espanha — linhas que se traduzirão, porventura, já na próxima revisão global do sistema, por efeito da nova Constituição e de outras razões a que atrás já se aludiu. Neste plano, importa sobretudo reter o seguinte:

1.º — primeiro, que a nova legislação não deixará por certo de consolidar e acentuar as características do sistema espanhol, na medida em que visa assegurar a plenitude e a efectividade das garantias jurisdicionais dos administrados, afastando «*expressis verbis*» quaisquer constringimentos formalistas ou outras limitações à realização integral da Justiça;

2.º — segundo, que é de esperar alguma clarificação do exacto sentido do «carácter revisor» do contencioso administrativo, conceito que, como se viu, suscita alguma controvérsia no seu rigoroso recorte;

3.º — terceiro, que é natural a ampliação expressa do contencioso administrativo a outros actos e questões materialmente administrativas, ainda que sob autoridade de entidades exteriores à Administração — «*maxime*» certos actos materialmente administrativos de órgãos das Cortes ou do Poder Judicial ⁽³⁹⁾;

4.º — quarto, que é previsível que venham a atender-se alguns pontos em que a doutrina vem insistindo mais — a necessidade de maior celeridade

⁽³⁹⁾ Sobre este aspecto, v. F. GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, Apêndice «Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo Español», a págs. 607 e segs., Vol. I, e especificamente a págs. 632-633. Por outro lado, refira-se que já actualmente, por força de legislação avulsa, entretanto saída, alguns destes actos são impugnáveis no contencioso administrativo espanhol, perante o Pleno do Tribunal Supremo. É o caso, designadamente, de tudo o que se refira ao estatuto e carreira dos Juizes, Magistrados e Secretários Judiciais (Lei Orgânica do Conselho Geral do Poder Judicial, de 10 de Janeiro de 1980, art. 47.º, n.º 2), bem como das decisões do Tribunal Constitucional em matéria do pessoal respectivo (conforme dispõe o art. 99.º da sua Lei Orgânica, de 3 de Outubro de 1979).

processual; a reponderação da Audiência Nacional e da repartição de competências do contencioso administrativo central entre os diversos órgãos do sistema; e a reclamada consolidação (e reserva) do Tribunal Supremo como órgão directivo e orientador de todo o contencioso administrativo espanhol;

5º — quinto, que a legislação futura reproduza e desenvolva, naturalmente, os importantes, progressos e inovações que a Constituição de 1978 registou neste domínio;

6º — e, sexto, por último, que, tendo em conta a global reorganização judiciária resultante da Constituição, que manda criar nas Regiões (Comunidades Autónomas) Tribunais Superiores de Justiça, alterações correlativas deverão decorrer também para o contencioso administrativo e sua estruturação orgânica.

Aliás, neste ponto, e a terminar, conhecida que é a profundidade da Regionalização verificada em Espanha, será interessante observar como irá o legislador regular e organizar especificamente toda esta matéria e questões inerentes.

BIBLIOGRAFIA

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, «Curso de Derecho Administrativo», 2 vols., reimpressão da 2.ª edição, CIVITAS, Madrid 1981.

FERNANDO GARRIDO FALLA, «Tratado de Derecho Administrativo», 2 vols., 8.ª edição, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1982.

FERNANDO GARRIDO FALLA, «La evolución del recurso contencioso-administrativo en España», in *Revista de Administración Pública*, n.º 55, págs. 65 e segs.

FEZAS VITAL, «Garantias jurisdicionais da legalidade na Administração Pública: França, Inglaterra e Estados Unidos, Bélgica, Alemanha, Itália, Suíça, Espanha e Brasil», Lisboa 1938. *N. B.* — A Espanha, nesta obra, figura a págs. 148 e segs.

«Textos Legales — JURISDICIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA», Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, 9.ª edição, Madrid 1976.

«Constituições de diversos Países», vol. I, págs. 219 e segs. (Constituição espanhola de 1978), edição da Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1979, sob coordenação de JORGE MIRANDA.

HENRIQUE JOSÉ DE MOURA MOREIRA DA MOTA

**A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA
EM ITÁLIA**

«(...) Se bastasse dizer que o sistema funciona bem ou mal, a resposta seria imediata já que parece todos estarem de acordo na convicção de que a Justiça funciona mal.»

CAPACCIOLI

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

1. Justiça Administrativa
2. Caracterização da Justiça Administrativa
3. Razões Justificadoras da Justiça Administrativa
4. Sequência
5. A Actividade Administrativa
6. Validade dos Actos Administrativos

CAPÍTULO II

AS POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJECTIVAS

1. Direito Subjectivo e Interesse Legítimo
2. A Construção de ZANOBINI
3. As teses de VIRGA e BENVENUTI
4. A Concepção de GUICCIARDI
5. A posição de NIGRO
6. Os Direitos Enfraquecidos

CAPÍTULO III

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA EM ITÁLIA

1. Generalidades
2. Até à Dominação Francesa
3. Dominação Francesa

4. Entre a Dominação Francesa e a Unificação Italiana
5. (cont.) Inexistência tendencial de controlo jurisdicional da Administração
6. (cont.) Jurisdição Única
7. (cont.) Contencioso Administrativo de Tipo Francês
8. Sequência
9. Unificação Italiana
10. (cont.) Recepção Provisória de Leis dos Estados Pré-Unitários
11. (cont.) Sistemas de Jurisdição Única
12. (cont.) Sistema Misto com Prevalência da Jurisdição Comum
13. (cont.) Alterações Complementares Sofridas pelo Sistema Misto
14. (cont.) A Declaração de Inconstitucionalidade das Juntas Provinciais Administrativas
15. (cont.) A Constituição Italiana de 1948 e a Justiça Administrativa

CAPÍTULO IV

FORMAS DE TUTELA DAS POSIÇÕES JURÍDICAS DOS CIDADÃOS

1. Generalidades
2. Meios de Garantia Administrativa em Sentido Restrito: Controlos Subjectivo e Objectivo
3. Justiça Administrativa: Caracterização
4. Justiça Administrativa: Remédios Administrativos
5. (cont.) Auto-Controlo Administrativo
6. (cont.) Recursos Administrativos
7. (cont.) Oposição
8. (cont.) Recurso Hierárquico
9. (cont.) Recurso Hierárquico. Limites. Suas Relações com o Recurso Jurisdicional. Relação entre Remédios Administrativos e Remédios Jurisdicionais
10. (cont.) Recurso ao Governo
11. (cont.) Recurso Extraordinário ao Chefe do Estado
12. Justiça Administrativa: Remédios Jurisdicionais

CAPÍTULO V

TUTELA JURISDICCIONAL DAS POSIÇÕES JURÍDICAS DOS CIDADÃOS

1. Generalidades
2. Distinção entre a Jurisdição Comum e a Jurisdição Administrativa

A) JURISDIÇÃO COMUM

3. Competência dos Tribunais Comuns
4. Poderes dos Juizes dos Tribunais Comuns
5. (cont.) Limite Subjectivo do Caso Julgado — Art.º 4.º, I Parte (Competência Directa)
6. (cont.) Impossibilidade de Anular ou Revogar Actos Administrativos — Art.º 4.º, II Parte (Competência Directa)
7. (cont.) Acções Proponíveis Contra a Administração
8. (cont.) «Giudizio di Ottemperanza»
9. (cont.) Não Aplicação de Actos Administrativos Ilegais — Art.º 5.º (Competência Indirecta)

B) JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

10. Jurisdição Administrativa
11. Jurisdição de Legalidade
12. (cont.) Objecto do Recurso de Legalidade Perante os Tribunais Administrativos
13. (cont.) Motivos do Recurso. Interesse Protegido
14. (cont.) Poderes dos Juizes dos Tribunais Administrativos
15. Jurisdição de Mérito
16. (cont.) Conteúdo Específico da Jurisdição de Mérito
17. Jurisdição Exclusiva
18. Tribunais Administrativos Especiais

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

ABREVIATURAS

ÍNDICE

ABREVIATURAS

CdS	— Conselho de Estado
CGApRS	— Conselho de Justiça Administrativa para a Região Siciliana
CRI	— Constituição da República Italiana
DPR	— Decreto do Presidente da República
GPA	— Junta Provincial Administrativa
L	— Lei
LAC	— Lei de 20 de Março de 1865, n.º 2248, all. E, que aboliu o Contencioso Administrativo
LCdS	— Lei do Conselho de Estado (R.D., 26 de Junho de 1924, n.º 1054)
LGPA	— Lei das Juntas Provinciais Administrativas
LTAR	— Lei dos Tribunais Administrativos Regionais (L 6.12.1971, n.º 1034)
RD	— «Regio Decreto»
RECE	— Recurso Extraordinário ao Chefe de Estado
TAR	— Tribunal Administrativo Regional

INTRODUÇÃO

O presente relatório, preparado inicialmente para uma exposição oral no âmbito do Mestrado em Direito Público (Curso de Direito Administrativo), resulta da compilação das notas para esse fim preparadas, consideradas as observações, sugestões e críticas então formuladas. Daí que, no seu essencial, corresponda àquela exposição, salvo na inclusão de um capítulo autónomo sobre a distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo, preparado, entretanto, para a segunda exposição do mesmo tema.

Na sua preparação está presente uma deliberada preocupação de se enunciar o sistema de Justiça Administrativa em vigor em Itália descrevendo-se as diversas formas de tutela das posições jurídicas dos cidadãos. Não houve qualquer intenção de elaborar teses, formular opiniões, tecer críticas. Se alguma vez se apresentam posições minoritárias da doutrina, para além do seu conhecimento, naturalmente, teve-se em vista, desse modo, esclarecer ainda a posição dominante, fazer ressaltar as convergências maioritárias. Em suma, pretende-se que este seja um verdadeiro relatório.

Muitos dos temas abordados mereceriam um tratamento isolado; algumas questões passaram sem referência; inúmeros assuntos deveriam ter sido aprofundados. Teremos abusado das notas de pé de página na tentativa de ficarem menos questões por tratar e de se esclarecerem melhor aquelas que versámos. Limitações, enfim, de um trabalho que não deve ignorar a sua condição narrativa e que não pode, desproporcionadamente, exceder a sua versão original.

Para atingirmos a descrição do sistema de Justiça Administrativa em Itália, começaremos por dedicar o primeiro capítulo a questões gerais, não específicas mas indispensáveis para o enquadramento do objecto do relatório, para

de seguida se referir a distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo, questão fundamental na construção do sistema de Justiça Administrativa e na distribuição de competências entre os seus órgãos jurisdicionais. Uma vez disponíveis os conceitos gerais e os instrumentos fundamentais para o estudo e a compreensão do sistema, descreveremos, sucintamente, a evolução histórica da Justiça Administrativa, os diversos institutos que contemporaneamente garantem as posições jurídicas subjectivas e, finalmente, abordaremos as formas de tutela jurisdicional disponíveis pelo cidadão no ordenamento jurídico italiano, quando em confronto com a Administração Pública para a tutela de uma sua situação jurídica.

CAPITULO I

A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

1. Justiça Administrativa

As garantias oferecidas por um ordenamento jurídico aos cidadãos ⁽¹⁾ nas suas relações com a Administração Pública são, frequentemente, designadas por Justiça Administrativa — «espressione polissenso e ambigua» ⁽²⁾. Nesta perspectiva, a Justiça Administrativa não é mais que uma designação genérica, um nome/conceito que pretende abarcar diversas realidades, estruturalmente diversas, mas que, na sua *ratio* ou na finalidade que lhes é atribuída, beneficiam de inúmeros pontos em comum: a garantia das posições jurídicas dos particulares. Surge-nos, deste modo, antes de mais, a necessidade de conhecer com rigor o conteúdo deste instituto que visa, indubitavelmente, garantir os interesses materiais dos cidadãos mas que, eventualmente, não abarcará todas essas manifestações de garantia. Paralelo a este primeiro aspecto a abordar encontramos o das razões que fundamentam a criação e o desenvolvimento deste instituto.

Se em termos teóricos o esclarecimento das duas questões anteriormente enunciadas nos permite conhecer e progredir no entendimento da Justiça Administrativa, já do ponto de vista prático, de aplicação deste instituto de garantia à realidade, ficam ainda outros aspectos fundamentais por revelar: a distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo, numa perspectiva dinâmica que, como veremos adiante, condiciona a aplicação dos diversos meios previstos pelo

⁽¹⁾ NIGRO, «*Giustizia...*», p. 21.

⁽²⁾ GUICCIARDI, «*La Giustizia...*», p. 9, distingue o significado técnico de cidadão — indivíduo que, por vínculo pessoal, integra o Estado — de um outro mais vasto, aliás de utilização comum, segundo o qual cidadão é a pessoa — física ou jurídica — que entra em contacto com a Administração Pública. É neste sentido que aqui, e ao longo do presente relatório, empregamos esta expressão.

ordenamento jurídico italiano para salvaguarda das posições jurídicas dos cidadãos, e os tipos de desconformidade que existem entre a actuação dos órgãos e agentes da Administração e a norma que consubstancia os seus poderes ⁽³⁾, i.e., os vícios do acto administrativo.

São estes os quatro aspectos que trataremos no presente capítulo.

2. Caracterização da Justiça Administrativa

Os autores italianos não são pródigos na caracterização e na definição da Justiça Administrativa; não o fazem habitualmente, nem mesmo aqueles que dedicam a este tema extensas monografias ⁽⁴⁾. Todavia, da leitura destas obras, quer monográficas, quer Capítulos, Partes ou Tomos de Manuais de Direito Administrativo, resulta a vaga noção de que a Justiça Administrativa é, em suma, qualquer mecanismo previsto na lei, de tipo administrativo, jurisdicional ou político, que visa salvaguardar as posições jurídicas dos cidadãos e aumentar as garantias por estes disponíveis de que a Administração agirá de acordo com critérios de legalidade e de oportunidade. Esta noção vasta de Justiça Administrativa que colhemos na generalidade da doutrina italiana encontra confirmação e defesa na autorizada expressão de ZANOBINI quando escreve que *«a justiça administrativa pode definir-se como o complexo dos institutos dirigidos à garantia de legitimidade [legalidade] da actividade administrativa e ao correcto uso do poder discricionário por parte da Administração Pública face aos direitos e interesses das pessoas físicas e jurídicas que são confrontadas com o seu poder»* ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Ainda aqui haverá que, a seu tempo, fazer algumas distinções terminológicas entre as doutrinas italiana e portuguesa.

⁽⁴⁾ GUICCIARDI, BENVENUTI (nas duas obras referidas na Bibliografia), VIRGA, LAVAGNA e os demais citados, à excepção de NIGRO («Giustizia Amministrativa»), de facto, não avançam neste particular, ficando-se pela referência às razões justificadoras, normalmente históricas, do instituto da Justiça Administrativa.

⁽⁵⁾ ZANOBINI, «Corso...», II, p. 6.

Não obstante esta concepção vastíssima com que deparamos na generalidade da doutrina italiana, alguns autores propõem um entendimento bastante mais restrito de Justiça Administrativa. De entre estes ressaltam NIGRO e SANDULLI.

NIGRO apresenta-nos uma concepção que aproxima a Justiça Administrativa dos meios contenciosos, em sentido amplo, que os particulares podem utilizar para defesa dos seus direitos e interesses: «o conjunto de meios que um ordenamento jurídico desencadeia tendo em vista assegurar a conformidade da actividade administrativa com a lei e, em alguns casos, com princípios de oportunidade e de razoabilidade»⁽⁶⁾, quer através de meios jurisdicionais, especialmente criados ou adaptados (recurso aos tribunais administrativos gerais e especiais e aos tribunais comuns), quer através de meios tutelares criados dentro da Administração (recursos administrativos). Deste modo, o autor em questão limita a concepção deste instituto à sua dimensão processual, negando a confusão entre os aspectos substantivo (dimensão de garantia) e processual (meios de garantia). Em suma, NIGRO defende uma concepção de Justiça Administrativa como Direito Processual Administrativo, designação que, no seu entender, substituiria com vantagem aquela habitualmente utilizada.

Com uma perspectiva igualmente restrita encontramos a posição de SANDULLI⁽⁷⁾, o qual apresenta da Justiça Administrativa uma visão predominantemente garantista, enquadrada nas garantias dos particulares⁽⁸⁾: as «Garanzie Giustiziali»⁽⁹⁾. Para este autor, estas garantias são «os meios concedidos aos particulares pelo ordenamento jurídico para defenderem as suas

(6) NIGRO, «Giustizia...», 21. É deste modo, ainda, que NIGRO (op. cit., p. 25) caracteriza a Justiça Administrativa como o «conjunto de institutos de tutela do cidadão nas suas relações com a Administração Pública, diversos daqueles que asseguram a tutela dos cidadãos nas suas mútuas relações, de entre os quais se destacam os processos desenvolvidos perante juízes ad hoc»

(7) «Manuale...», p. 799-800.

(8) As garantias dos particulares, para SANDULLI, são as garantias políticas (normalmente exercidas no âmbito parlamentar), as garantias administrativas (traduzidas em certas formas de auto-tutela) e as «garanzie giustiziali» (realizadas através de meios contenciosos), (op. cit., p. 799).

(9) As «garanzie giustiziali» — diversamente das demais — são meios predispostos para a tutela dos cidadãos e não exclusivamente do interesse geral do ordenamento jurídico ou do da Administração Pública (SANDULLI, op. cit. p. 799).

posições jurídicas subjectivas no confronto com a Administração Pública» (10). Assim, SANDULLI exclui da noção de Justiça Administrativa outras formas de protecção das posições jurídicas subjectivas que, habitualmente, e para a doutrina dominante, são, e devem mesmo ser, nela enquadradas.

Considerando, mesmo, o mérito das objecções e das teses apresentadas por NIGRO e por SANDULLI, tomaremos, apesar disso, como referência deste relatório, e atendendo ao seu carácter informativo, a concepção dominante, embora incerta, eventualmente imprecisa e, quiçá, em vias de ser superada.

3. Razões Justificadoras da Justiça Administrativa

Relacionado com a noção de Justiça Administrativa e, em nosso entender um dos motivos para a existência de diferentes opiniões, encontramos o problema das razões justificadoras da Justiça Administrativa. Ainda aqui, com algumas flutuações de pormenor, conhecemos uma posição francamente dominante, optimista e romântica, e as objecções de NIGRO, complementares daquela, realistas e pragmáticas.

De facto, são inúmeros os autores (11) que relacionam a Justiça Administrativa com o Estado de Direito, concluindo que aquela nasce com o Estado de Direito, é um seu corolário e condição fundamental à sua existência (12).

(10) SANDULLI op. cit., p. 800

(11) Entre outros, vejam-se GUICCIARDI, «La Giustizia...», p. 7; SANDULLI, «Manuale...», pp. 799-800; VIRGA, «La Tutela...», pp. 3-8.

(12) É assim que SANDULLI refere a Justiça Administrativa com manifestação fundamental do Estado de Direito, em oposição ao Estado absoluto e ao Estado Polícia. É ainda o Professor de Nápoles que refere que a Justiça Administrativa e a vinculação da actividade administrativa andam juntas na caracterização do Estado de Direito, criticando — numa tese bastante interessante e sugestiva — a frequente atribuição de poderes discricionários no Estado Social, referindo-a como «*recessão do Estado de Direito*» (p. 800). E esclarece o seu ponto de vista dizendo que, se um sistema político «*quer conservar-se autenticamente democrático, este fenómeno [do poder discricionário] terá de conservar-se circunscrito; que os princípios do Estado Social sejam realizados sem que os do Estado de Direito sejam obliterados*» (p. 800).

Neste sentido, VIRGA vem referir que «*a exigência de uma Justiça Administrativa se manifesta com a afirmação do Estado de Direito, o qual encontra o seu fundamento no princípio de que as posições subjectivas dos cidadãos devem ser tuteladas, não só nas suas relações com outros cidadãos, mas também no confronto com a Administração Pública*»⁽¹³⁾.

BENVENUTI, por seu lado, vai mais longe e correlaciona a Justiça Administrativa com o Direito Natural, especialmente a protecção da liberdade e do direito de propriedade, considerando que a lei de 1865 — cujo significado e importância veremos pormenorizadamente a seu tempo, e que aboliu o contencioso administrativo e criou a jurisdição ordinária — vem realizar o Estado de Direito, já que o acto administrativo perde eficácia face a estes direitos que, «*por serem fundamentais e naturais, não poderiam ser restringidos pela actividade administrativa do Estado, mas tão só através da lei*»⁽¹⁴⁾.

É neste contexto, aliás, que se há-de compreender o enquadramento ideológico proposto por BENVENUTI para o citado texto legal; para ele, a Justiça Administrativa foi concedida como a garantia da relação entre liberdade (direito) do cidadão e liberdade (poder) da Administração⁽¹⁵⁾: dimensão da defesa do cidadão face à Administração Pública num Estado de Direito, por um lado, e carácter soberano do Estado, por outro. Para este autor, é do ponto de vista da «relação cidadão-Administração» que a lei de 20 de Março de 1865, n.º 2248, All.E. (LAC) «realizou o Estado de Direito»⁽¹⁶⁾.

É ainda BENVENUTI quem, finalmente, vem referir, muito embora de passagem, e sem esclarecer as consequências, a relação entre Justiça Administrativa e Estado de Direito⁽¹⁷⁾. Será posteriormente NIGRO quem, ao centrar o seu ensinamento nesta matéria, estabelece a relação existente entre Justiça

(13) VIRGA, «La Tutela...», p. 3

(14) BENVENUTI, «La Giustizia...», p. 590.

(15) Idem, ibidem, pp. 589-591

(16) Idem, ibidem, p. 590

(17) «A importância dada à tutela dos cidadãos no confronto com a Administração Pública desenvolveu um papel fundamental, e não podia ser de outro modo, na caracterização e na realização da unificação administrativa do ponto de vista normativo» (Idem, ibidem, p. 589).

Administrativa, Estado de Direito e Estado Administrativo. Sugestivamente, e com uma razoável dose de inovação, M. NIGRO vem retirar o carácter romântico e optimista às razões subjacentes à Justiça Administrativa, defendendo uma perspectiva mais realista e esclarecedora dos motivos que antes se encontravam ignorados.

Depois de recusar considerações técnicas como justificando a existência de uma Justiça Administrativa, NIGRO refere que esta se deve a razões políticas atendendo à posição e função da Administração no Estado moderno ⁽¹⁸⁾. É neste segundo aspecto que encontramos a sua divergência face à tese clássica. Vejamos sucintamente os principais argumentos.

Antes de mais, este autor não nega em absoluto a relação existente entre Justiça Administrativa e Estado de Direito, limitando-se tão-só a recusar que aí se encontre a justificação definitiva daquela. Por outro lado, ao referir que o Estado de Direito surge num ambiente político e jurídico que também originou o Estado Administrativo ⁽¹⁹⁾ — afirma que este não é senão a «outra face» do Estado de Direito ⁽²⁰⁾ — conclui que os institutos da Justiça Administrativa realizam aquele tipo de Estado na medida em que aperfeiçoam o estatuto especial da Administração ao conferirem a esta um juiz próprio para julgar, com base num direito próprio, as controvérsias em que esta intervenha — «os

⁽¹⁸⁾ A este propósito recordem-se os argumentos do autor (op. cit., p. 26): «*A verdade é que a Justiça Administrativa se encontra tão intimamente relacionada com a posição e a função da Administração num Estado moderno que a identificação da sua razão justificadora implica necessariamente a superação do elemento técnico em benefício da referência ao elemento político*».

⁽¹⁹⁾ «*(...) Com tal expressão indica-se um ordenamento estadual no qual a actividade da Administração Pública tenha adquirido relevância jurídica autónoma, não só por se haver distanciado da restante organização estadual (...) mas também, e sobretudo, no sentido da submissão dessa actividade a um regime jurídico particular. (...) O Estado Administrativo é o Estado no qual a Administração Pública beneficia de um 'estatuto' especial que lhe confere poderes de império, i.e., capacidade para actuar unilateral e coactivamente sobre a esfera jurídica dos cidadãos*». (NIGRO, «Giustizia...», pp. 27-28).

⁽²⁰⁾ «*De resto, as razões duma Justiça Administrativa encontram [nos princípios do novo Estado] um fundamento mais seguro sempre se consideradas em função dos princípios do Estado Administrativo, o qual é a outra face do Estado Constitucional e de Direito*» (NIGRO, op. cit. p. 31) (Subl. nosso).

institutos da Justiça Administrativa ultimam o Estado Administrativo porque completam o estatuto “especial” da Administração Pública» (21) (22).

Apesar de mais esta divergência com a doutrina dominante, NIGRO refere claramente que em sua opinião não está em causa a existência de um sistema próprio de justiça para as actividades desenvolvidas pela Administração e que se caracterizam pela realização de poderes de autoridade, e menos ainda a consideração de que esta seja uma forma de Justiça «*aproximativa e imperfeita*» (23).

Em suma, pode dizer-se que a doutrina é pacífica quanto à menoridade do argumento técnico e concorda, ainda, quanto à relação existente entre a Justiça Administrativa e o Estado de Direito. Mas, enquanto a maioria detém aqui as suas considerações, NIGRO propõe, ainda, em sede de razões políticas justificadoras da Justiça Administrativa, a consideração da relação entre Estado Administrativo e Estado de Direito, vendo-os como as duas dimensões do Estado moderno, pós-feudal, unificador, no qual se hão-de encontrar as razões políticas da Justiça Administrativa (24).

4. Sequência

Se até aqui se procuraram esclarecer sucessivamente o conceito e as razões justificadoras da Justiça Administrativa, ficaram, ainda, por abordar questões fundamentais que nos permitem inserir os institutos da Justiça Administrativa no âmbito mais vasto das relações entre a Administração Pública e os particulares: o conhecimento da actividade administrativa, por um lado, e a referência às situações patológicas que podem ocorrer aquando daquela actividade.

(21) Op. cit., p. 28.

(22) Sobre a origem e evolução do Estado Administrativo, sua relação com o nascimento do Estado moderno e implicações trazidas pelo Estado resultante da nova sociedade de massas, cfr. NIGRO, op. cit., pp. 28 ss.

(23) NIGRO, op. cit., pp. 36-37. Nesta medida NIGRO não tem sequer as dúvidas que BENVENUTI não disfarça no texto supracitado.

(24) Aspecto importante e interessante é ainda o da relação entre a consagração de uma jurisdição administrativa e o princípio da separação de poderes, e que leva a que à Administração ordinária seja retirada competência para «participar» na actividade administrativa. Sobre esta questão, v. infra o que se diz no Cap. III sobre o sistema introduzido pelas leis de 1865 (LAC) e de 1889-90 (que criaram o Contencioso Administrativo).

De facto, estes dois aspectos comportam-se, em rigor, como seus pressupostos, não já ideológicos ou teóricos, mas concretos. Sem actividade administrativa e sem que no seu decorrer se verifiquem situações de desconformidade entre a norma que fundamenta a acção da Administração e a providência desta que realiza aquele comando, não há razão para a existência — e para o estudo — da Justiça Administrativa.

5. A Actividade Administrativa

Escreve BENVENUTI que «*a actividade administrativa é a transformação de um poder jurídico, previsto numa norma, em um acto, i.e., numa modificação concreta da realidade em virtude da aplicação daquele poder*» (25). Daqui resultam pois três elementos decisivos.

Em primeiro lugar a existência de uma norma que, abstractamente, conceda à Administração um poder para actuar dentro de certos limites. Por outro lado, a explicitação do poder da Administração aos casos concretos, ou seja, a actualização do seu poder à realidade, faz-se através de actos administrativos. Finalmente, conclui-se daquela noção de actividade administrativa que a falta de certos pressupostos ou procedimentos abstractamente previstos na norma aquando da aplicação do poder nela contido à realidade implica o viciamento do próprio acto, a sua disfunção — i.e., «*vicia o movimento do poder em acto, ou seja, a função*» (26). Os dois primeiros aspectos revelam-nos as questões fundamentais a abordar em sede de actividade administrativa do ponto de vista da Justiça Administrativa; o terceiro encerra o ciclo deste estudo e dilucida a causa última da Justiça Administrativa: a dimensão patológica do acto da Administração, praticado no uso de poderes que lhe são conferidos pela norma, aquando da actualização desses mesmos poderes e sempre que esta afecte posições jurídicas dos cidadãos (27).

As normas jurídicas que abstractamente constituem na Administração um poder para actuar no prosseguimento do interesse público visam, de um ponto de vista objectivo, a determinação das regras jurídicas reservadas da Administração Pública e dos cidadãos (a «situação fundamental de tensão») com a

(25) BENVENUTI, «Appunti...», p. 90.

(26) Idem, *ibidem*, p. 90.

(27) Deste último aspecto cuidaremos no número seguinte.

consequente constituição de direitos e de obrigações, por um lado, de poderes, de faculdades e de sujeições, por outro (normas substantivas), bem como a vinculação daquela à lei e aos procedimentos (normas instrumentais), às quais acrescentem as normas não jurídicas dirigidas ao poder discricionário impondo-lhe critérios de moral administrativa ⁽²⁸⁾ ⁽²⁹⁾. Já do ponto de vista subjectivo, as normas que disciplinam a actividade da Administração podem classificar-se — e daqui alguns autores retiram consequências importantes ao nível das sanções dos vícios de actos da Administração e, também, da distinção entre direitos subjectivos e interesses legítimos — normas de relação, aquelas que caracterizam a linha de demarcação entre as esferas jurídicas do cidadão e da Administração e as normas de acção que disciplinam os procedimentos que a Administração pode desenvolver no âmbito das suas atribuições ⁽³⁰⁾.

Quanto ao segundo elemento, que resultava da citada noção de actividade administrativa proposta por BENVENUTI, refira-se, ainda de acordo com este autor ⁽³¹⁾, que aquela actividade se realiza ou se concretiza através de actos administrativos ⁽³²⁾ ⁽³³⁾, os quais se distinguem em *provvedimenti amministrativi* ⁽³⁴⁾ (correspondendo, *grosso modo*, aos actos administrativos na doutrina

⁽²⁸⁾ Estas normas não jurídicas ou de moral administrativa constituem, nos cidadãos, interesses simples ou «interesses discricionariamente protegidos» (ZANOBINI) que se traduzem na justa pretensão dos particulares a que a Administração, no uso do seu poder discricionário, use critérios de equidade, razoabilidade, oportunidade e conveniência na escolha dos «espaços livres» próprios do seu poder.

⁽²⁹⁾ Sobre este assunto, GUICCIARDI, «La Giustizia...», p. 9: «O Direito Administrativo deve simultaneamente estabelecer e assegurar as esferas jurídicas da Administração Pública e dos cidadãos, ainda que não podendo limitar-se a tal, e deve propor-se também fazer com que a Administração, dentro da sua esfera jurídica, aja conformemente ao seu próprio interesse, isto é, o interesse público que ela personaliza e representa».

⁽³⁰⁾ A este propósito vejam-se GUICCIARDI, «La Giustizia...», pp. 33 e ss; SANDULLI, «Manuale...», p. 87; SILVA, «Natureza...», pp. 45-47.

⁽³¹⁾ Cfr. op. cit., p. 93.

⁽³²⁾ BENVENUTI atribui tal importância a esta dimensão que diz mesmo nos seus «Appunti di Diritto Amministrativo» que «o estudo da actividade administrativa numa perspectiva jurídica se esgota no estudo dos actos que a constituem» (p. 95).

⁽³³⁾ «Manifestação concreta do exercício de um poder de império, ou de uma faculdade realizada por uma entidade administrativa» (BENVENUTI, op. cit., p. 92).

⁽³⁴⁾ «Provvedimento» «é a consequência de uma vontade que torna actual um poder de império abstractamente estatuído por uma norma em correspondência com a verificação de uma determinada situação de facto.» (Op. cit., p. 96).

portuguesa) e os «meros actos administrativos». Os primeiros caracterizam a «actividade jurídica de império», na medida em que são o exercício ou a actualização do *jus imperii* que se encontra na Administração e correspondem ao exercício destes poderes, os quais potencialmente se encontram em situação de conflito com situações jurídicas subjectivas (ao constituírem, modificarem ou extinguírem posições jurídicas). Os segundos, ao realizarem simples faculdades pré-existentes da Administração, renovando e explicitando poderes já manifestados e exercidos (quer por lei, quer por acto anterior), constituem a «actividade jurídica simples» da Administração. Estes últimos não criam, modificam ou extinguem qualquer posição jurídica subjectiva, limitando-se a esclarecer o conteúdo destas.

Daqui resulta que é dos «*provvedimenti amministrativi*», que realizam ou actualizam o poder de império da Administração abstractamente previsto na norma ou, de acordo com VIRGA, os que são a manifestação de uma vontade ⁽³⁵⁾, que podem resultar afectadas as posições jurídicas dos particulares e que é face a eles que se manifesta a necessidade de instituir mecanismos de Justiça Administrativa.

6. Validade dos Actos Administrativos

Falta, finalmente, enunciar, à luz da doutrina italiana, as causas e as situações patológicas ou de desconformidade que se podem verificar com a concretização da actividade administrativa e que, afectando posições jurídicas subjectivas, implicam a activação dos meios próprios da Justiça Administrativa. Como se deixou já anteriormente referido, o que aqui nos ocupa é a questão da validade dos actos administrativos ⁽³⁶⁾, a qual se apresenta da máxima

⁽³⁵⁾ VIRGA, «La Tutela...», p. 224: «*Têm natureza 'provvedimental' os actos que tenham por conteúdo uma manifestação de vontade*», sendo estes, como veremos no último capítulo, os que são susceptíveis de impugnação.

⁽³⁶⁾ A questão da validade dos actos administrativos distingue-se daqueloutra da eficácia, não obstante a presunção de validade dos actos administrativos, traduzida na executoriedade dos actos impugnados (excepto em alguns casos, como seja o da infungibilidade da prestação) a qual se fundamenta na consideração que a Administração Pública realiza sempre as melhores opções em termos do interesse público.

relevância, quer para a distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo, quer para o discernimento dos diversos meios de garantia jurisdicional predispostos pelo ordenamento jurídico.

Embora quanto às consequências da análise se possa dizer que a doutrina italiana considerada neste relatório não apresenta divergências significativas, percorre no entanto caminhos diversos. De entre estes, assumem particular interesse os propostos por GUICCIARDI e BENVENUTI. É destes que daremos breve nota ⁽³⁷⁾.

De acordo com BENVENUTI ⁽³⁸⁾, sempre que o poder exercido pelo agente administrativo não resultar, absoluta ou parcialmente, da norma que o fundamenta, isto é, sempre que a actualização do poder abstractamente previsto na norma se realizar em desconformidade com esta, estaremos perante um caso de Invalidez. Esta, por seu turno, pode ser absoluta, ocasionando a nulidade do acto, sempre que faltem absolutamente os seus pressupostos (sujeito, poder, «*fattispecie reale*» que actualiza o «*fattispecie astrato*») ou os seus elementos essenciais (competência, causa, função); ou relativa, possibilitando a anulação do «*provvedimento*», quando o acto dispondo de todos os pressupostos essenciais tem algum dos seus elementos essenciais em desconformidade com a norma jurídica. Enquanto que para o primeiro deparamos com uma situação de inexistência, no segundo ocorre uma invalidez em sentido restrito.

Integrando os casos de invalidez relativa, ou em sentido restrito, podemos, ainda, fazer uma nova distinção. Em primeiro lugar, «nas hipóteses de desconformidade de um elemento vinculado do “*fattispecie astrato*” vinculado, o vício toma a designação de vício de legitimidade e o acto diz-se ilegítimo (ilegal) ⁽³⁹⁾. São suas causas a incompetência relativa, a violação de lei e o excesso de poder.

⁽³⁷⁾ Outros se poderiam citar, entre os quais ORLANDO, «Principii...», pp. 343-348; LAVAGNA, «Manuale...», p. 782-785 e 808-814 — distingue entre a validade subjectiva e objectiva; SANDULLI, «Manuale...», pp. 473 ss.; VIRGA, «La Tutela...», p. 169 ss., ZANOBINI, «Corso...», I, pp. e II, pp.

⁽³⁸⁾ Op. cit., pp. 109-115.

⁽³⁹⁾ BENVENUTI, «Appunti...», p. 111: «(...) nas hipóteses de desconformidade do elemento vinculado do *fattispecie abstracto* vinculante, o vício chama-se de legitimidade e o acto diz-se relativamente inválido por ilegitimidade ou, mais simplesmente, ilegítimo».

Por outro lado, sempre que «o vício não afecte os elementos, os quais não contradizem, de facto, os princípios jurídicos mas afecte o conteúdo do acto no seu conjunto, costuma-se falar no mérito da providência» (40), isto é, em vício de mérito ou de oportunidade (41). Contrariamente aos vícios de legitimidade (de legalidade para a doutrina portuguesa), os vícios de mérito são inominados e, como veremos adiante, são normalmente insindicáveis, excepto nos casos taxativamente atribuídos à jurisdição de mérito, ainda que sejam sempre susceptíveis de correcção em sede de auto-tutela.

Considerando agora o ensino de GUICCIARDI (42) quanto à validade dos actos administrativos, a sanção prevista para a contradição entre a actuação da Administração e os limites que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico varia consoante a natureza dos limites violados.

Assim, se o acto administrativo contraria uma norma criada para proteger um interesse individual — normas de relação ou substantivas — quer porque a autoridade administrativa pretende exercitar um poder que não lhe é reconhecido pelo ordenamento quer porque não realiza uma obrigação que lhe é imposta em benefício de um particular, estamos perante um acto ilícito, o qual dá lugar à obrigação da Administração reparar qualquer lesão que tenha causado num direito subjectivo.

Quando, por seu turno, o acto administrativo contrariar uma norma dirigida à tutela do interesse público — norma de acção ou instrumental (43) — deparamos com um acto ilegítimo, prejudicado pelos vícios típicos do acto administrativo, já anteriormente enunciados, e, por isso mesmo, anulável, consistindo a posição jurídica do particular num mero interesse de facto em que a Administração actue de acordo com as leis.

(40) Idem, ibidem, p. 115: «(...)O vício não afecta os elementos os quais não contradizem princípios jurídicos, afecta antes o conteúdo do acto no seu todo ou, como é costume dizer-se, o mérito da providência»

(41) O critério fundamental para o conhecimento deste tipo de vício prende-se com as regras de boa administração. Assim, BENVENUTI «Appunti...», pp. 114-115; LAVAGNA, «Istituzioni...», p. 812; SANDULLI, «Manuale...», p. 82. A estas ZANOBINI chama critérios jurídicos de boa administração e normas de mérito administrativo («Corso...», II, p. 190).

(42) GUICCIARDI, «La Giustizia...», p. 19-31.

(43) Sobre a distinção entre normas de relação e normas de acção, v. GUICCIARDI, «La Giustizia...», p. 34, cit. no próximo cap., nota (19).

Finalmente, quando o acto administrativo contrariar normas não jurídicas para tutela, ainda, do interesse público, ocorre um vício de mérito que dá lugar a um acto inoportuno, cuja sanção será a revogação ou a reforma ou a abrogação (inoportunidade superveniente), normalmente realizadas pela autoridade administrativa e só excepcionalmente, como se verá, pelos tribunais.

«Resulta de tudo quanto se disse que a acção administrativa que ultrapasse os limites impostos [pelo ordenamento jurídico] se qualifica de ilícita quando o limite é imposto para tutelar interesse privado, e inválida quando imposto para tutelar um interesse privado, e inválido quando imposto para tutelar um interesse público: enquanto que a invalidade se qualifica como ilegitimidade [ilegalidade] ou como inoportunidade, conforme o limite tenha sido introduzido por normas jurídicas ou não jurídicas.

Existem, portanto, três estados patológicos do acto administrativo: ilicitude, ilegitimidade e inoportunidade» ⁽⁴⁴⁾, teoricamente independentes entre si porque resultantes de vícios diversos, ainda que, quando sobre o mesmo acto concorram essas diferentes causas, possa ser simultaneamente afectado por aquelas três disfunções ou estados patológicos.

Em síntese, podemos, pois, dizer que a doutrina italiana, no ensinamento destes dois ilustres Professores que a representam, distingue entre a ilicitude do acto administrativo — violação de um direito subjectivo por um acto administrativo emanado em situação de absoluta falta de poder do órgão que o produz — e sua consequente nulidade, e a ilegitimidade e a inoportunidade do acto sempre que a Administração, embora detentora de um poder para sacrificar um direito do particular, o faça de forma viciada — caso em que estamos perante um interesse legítimo do particular em ver anulado ou revogado o acto que sacrificou o seu direito, não porque carecido de poder, mas porque prejudicado na sua realização.

É neste contexto que se produzirá a divisão de competências entre a jurisdição ordinária e a jurisdição administrativa,. Como se verá a seu tempo, desde 1865/89-90 que encontram em Itália um sistema misto, cabendo aos tribunais comuns conhecer dos actos administrativos ilícitos — os violadores de um direito subjectivo — e à jurisdição administrativa a apreciação dos actos «ilegítimos» e «inoportunos» (aqueles viciados na legalidade, estes no mérito).

(44) GUICCIARDI, «LaGiustizia...», p. 27.

Este critério, muito embora simples e de fácil execução na sua aparência, tem ocasionado inúmeras querelas doutrinárias quanto à distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo — pressuposto da repartição de competências dos tribunais da Justiça Administrativa. Pela sua importância no conhecimento das atribuições destes tribunais, comprometidos na tarefa de conhecerem da validade em sentido amplo dos actos administrativos e de tutelarem as posições jurídicas dos cidadãos, dedicaremos o próximo capítulo a esta matéria.

CAPÍTULO II

AS POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJECTIVAS

1. Direito Subjectivo e Interesse Legítimo ⁽¹⁾

Neste capítulo introdutório somos, agora, chegados ao momento de esclarecer uma das questões mais difíceis da Justiça Administrativa, a questão das questões, dir-se-ia, a qual condiciona, como veremos a diferente atribuição de competências aos tribunais comuns e administrativos: a contraposição entre Direito Subjectivo e Interesse Legítimo. Inicialmente construída como um critério meramente doutrinário de atribuição de competências, esta distinção veio a beneficiar de acolhimento constitucional em 1948 (arts. 103º e 113º) sem que, no entanto, tivessem terminado as dificuldades de definição de cada uma destas posições jurídicas subjectivas, as quais continuavam a encerrar um enorme mistério, mesmo para a doutrina italiana ⁽²⁾. Todavia, a importância desta distinção, ocasionada pela inexistência de uma unidade jurisdicional em matérias de tutela de posições jurídicas ofendidas por um acto da Administração, e de aquela diferenciação não se fazer de um ponto de vista subjectivo — a consideração da Administração Pública como parte no processo — mas quanto ao tipo objectivo de controvérsia, obriga-nos a dedicar-lhe alguma atenção, reconhe-

(1) Sobre a distinção entre Direito Subjectivo e Interesse Legítimo, v. ALESSI, «Principii...», II, p. 561; BENVENUTI, «Appunti...», p. 223-234; BOZZI, «Diritto...», «Interesse...»; CANADA-BARTOLI, «Interesse (diritto amministrativo)»; CAPACCIOLI, «Unità...», p. 403-406; GUICCIARDI, «La Giustizia...»; LAVAGNA, «Istituzioni...»; NIGRO, «Giustizia...», p. 115-154; ORLANDO, «Principii...», p. 304-309; ROCCO, «Trattato...», p. 14-32; SANDULLI, «Manuale...», p. 80-139; SATTA, «Commentario...», 4-7; VIRGA, «La Tutela...», p. 19-50; ZANOBINI, «Corso...», I, p. 181-199. No tratamento destas matérias, seguimos com especial atenção a obra de NEGRO, citada.

(2) CAPACCIOLI reconhece esta dificuldade quando, em 1972, por ocasião do Congresso Internacional de Direito Processual, no Mexico, dirigia a sua conferência «Unità della Giurisdizione e Giustizia Amministrativa», confessando que «estas fórmulas (...) também entre nós são consideradas misteriosas» («Unità...», p. 398).

cendo as principais teses que até hoje se defrontam e que têm especial significado na concepção do Interesse Legítimo, já que, quanto ao Direito Subjectivo, e à parte ZANOBINI (interesse protegido) e BENVENUTI (poder da vontade), os autores mais significativos defendem concepções mistas. Superadas que estão as teses que apresentavam a distinção entre Direito Subjectivo e Interesse Legítimo no tipo de acto realizado pela Administração — acto de império e actos de gestão — e na existência ou inexistência de direito de acção (ORLANDO), e reconhecido que é pela doutrina que algumas teses adoptadas antigamente são simples critérios empíricos com fins práticos de discriminação (a distinção entre normas de acção e de relação, existência de poder vinculado ou discricionário, carência absoluta de poder ou o seu uso incorrecto), os autores italianos dirigem-se no sentido de procurar um critério que se baseie na caracterização substantiva daquelas situações jurídicas dos particulares. Neste esforço, algumas posições têm demonstrado mais dinamismo, têm feito escola e obtido um consenso maior. De entre estas ressaltam as que foram defendidas por ZANOBINI, por VIRGA, por GUICCIARDI e por NIGRO, que referiremos nos números seguintes. Enquanto tal evolução se operava, autores houve que criticaram acesamente a distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo como critério de atribuição de competências aos tribunais de Justiça Administrativa, definindo-a como uma «contraposição formal», «uma distinção totalmente empírica» (3)

2. A Construção de Zanobini (4)

ZANOBINI assenta a sua construção na definição do direito subjectivo e do interesse legítimo como interesses tutelados pela norma jurídica. A diferença entre ambos estaria, no entanto, na relação existente entre o interesse material e a norma, de modo que se a norma tem por objecto a protecção mediata e directa da posição jurídica estamos perante um direito e se, ao invés, a protecção é imediata e indirecta, encontramos um interesse. No primeiro caso, «o interesse individual apresenta-se distinto e autónomo e, eventualmente, contra-

(3) SATTA, «Commentario...», p. 4

(4) ZANOBINI, «Corso...», II p. 181-199

posto ao interesse geral» (5), enquanto que na segunda há uma concorrência de interesses ficando a tutela do interesse individual dependente daquele colectivo. Deste modo, e usando a própria expressão deste consagrado mestre da Universidade de Roma, o interesse legítimo é «o interesse individual estritamente conexo com um interesse público e protegido pelo ordenamento jurídico por meio de tutela deste último» (6), ao passo que o direito subjectivo se pode definir como «um interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico como sendo exclusivo do seu titular e, por isso, protegido de forma directa e imediata» (7).

Em suma, «das presentes observações conclui-se que, na definição do direito subjectivo, defendemos [ZANOBINI] a fórmula do interesse juridicamente protegido' e que o elemento diferenciador há-de ser procurado na direcção da norma de direito objectivo que fundamenta a protecção. Se a norma tem em consideração o interesse individual considerado em si mesmo e distintamente do interesse geral, assegurando a sua realização através de meios próprios, o referido interesse constitui-se em direito subjectivo; se, pelo contrário, a norma tem em consideração um interesse diverso do individual, ou seja, se é o interesse geral que concentra as suas preocupações, originando como consequência indirecta a defesa do interesse individual, este último situa-se na categoria dos «interesses só indirectamente protegidos» (8) ou, como lhe chama NIGRO, «um interesse ocasionalmente violado» (9).

Muito embora até hoje tenham sido dirigidas à concepção de ZANOBINI diversas críticas, a menor das quais não será a «*contraddizione insolubile*» resultante de se conferir relevo ao interesse legítimo com base em normas destinadas a salvaguardar o interesse público, o qual pode, na sua realização implicar frequentemente o sacrifício daqueles interesses (10), inúmeros autores aderiram,

(5) Op. cit., p. 184

(6) Op. cit., p. 187

(7) Idem, ibidem, p. 185

(8) Idem, ibidem, p. 185

(9) NIGRO, «Giustizia...», 116

(10) Muitas outras críticas têm sido apontadas a esta concepção, dizendo-se que este entendimento dos interesses geral e individual e a relação de dependência, quanto à tutela, deste face àquele, implicariam uma tutela objectiva do interesse legítimo ou que esta concepção não analise completamente o modo como surge a tutela do interesse, e concebendo a relação entre interesses como mero acidente, tutelado só ocasionalmente e dependentemente da tutela conferida ao interesse geral.

ao longo dos anos, a este entendimento. De entre estes ressaltam SANDULLI ⁽¹¹⁾, LAVAGNA ⁽¹²⁾, ROCCO ⁽¹³⁾ e BOZZI ⁽¹⁴⁾ que, nem sempre partindo da mesma concepção de direito subjectivo e nem sempre considerando os mesmos factos genéticos do interesse legítimo, vêem a concluir, como ZANOBINI, que o interesse legítimo é um interesse tutelado só indirecta, medita ou ocasionalmente, defendendo, deste modo, a tese que, ainda hoje, podemos considerar como a mais significativa, a que acolheu maior apoio jurisdicional e a que se apresenta dominante na doutrina italiana, à qual poderemos justificadamente chamar a concepção clássica ou tradicional da distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo.

3. As Teses de Virga e Benvenuti

Pietro VIRGA e Feliciano BENVENUTI enquadram-se numa segunda corrente doutrinária que, em nossa opinião, apresenta o interesse legítimo como uma «pretensão» (VIRGA) ou como um «interesse instrumental» (BENVENUTI) a um comportamento da Administração conforme com o direito objectivo, sublinhando, deste modo, a relação de intimidade que existe entre o interesse individual tutelado e a norma protectora do interesse público. Detenhamo-nos no conhecimento destas duas teses, através de duas curtas citações.

VIRGA defende que o interesse legítimo é «*a pretensão à legalidade do acto de administração, reconhecida a um certo sujeito que se encontra, face à Administração que exercita um poder discricionário, numa particular posição legitimante*» ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾. BENVENUTI, por seu lado, escreve que o interesse legítimo é «o interesse de qualquer sujeito que se encontra numa situação de sujei-

⁽¹¹⁾ «Manuale...», p. 91

⁽¹²⁾ «Istituzioni...».

⁽¹³⁾ «Trattato...», I, p. 25. O autor inclui, ainda, uma larga resenha jurisprudencial nesta matéria (pp. 29-32).

⁽¹⁴⁾ «Interesse...», p. 852

⁽¹⁵⁾ VIRGA, «La Tutela...», p. 21

⁽¹⁶⁾ A posição legitimante, elemento fundamental da tese de VIRGA, não é concebida, para estes efeitos, de um ponto de vista processual (*legitimatio ad causam*), mas de um ponto de vista

ção face à Administração ou que esta não use os seus poderes contrariamente à lei» (17).

Para além da característica já referida e manifestada na relação existente entre a norma e o interesse, importa, ainda, realçar que das teses *sub judice* ressaltam, por um lado, a pessoalidade do interesse legítimo, já que o sujeito se encontra numa posição diferenciada face aos demais não resultando a tutela da sua posição indirecta ou ocasional face à do interesse geral, mais própria numa relação indiferenciada, e, por outro lado, a substancialidade do interesse que é anterior ao momento patológico da lesão. Com base nestes mesmos elementos se pode perceber melhor a diferença entre as teses de ZANOBINI e as que ora se apresentam, reconhecendo-se, também, que não obstante alguns progressos verificáveis no entendimento do interesse legítimo, se mantém por esclarecer o seu conteúdo, já que o seu interesse na legalidade não é, como é reconhecido, um interesse exclusivamente de um indivíduo mas da comunidade jurídica que nela percebe a garantia de alguns dos seus valores fundamentais.

Em suma, a distinção entre direito subjectivo (faculdade de agir para VIRGA ou poder de vontade para BENVENUTI) e o interesse legítimo (pretensão ou interesse instrumental na legalidade da actuação da Administração) há-de ser encontrada na relação que existe entre o particular e os demais sujeitos da ordem jurídica (incluindo a Administração). No direito há uma relação de igualdade e no interesse uma «sujeição» do cidadão face ao poder público exercido pela Administração. Quanto à titularidade, esta depende da existência de uma relação que confira legitimidade ao titular do interesse para invocar e desencadear a tutela da sua situação jurídica subjectiva (a posição legitimante), ao contrário do direito, em que esta mesma titularidade resulta do título de aquisição do direito.

Consideradas pela doutrina mais moderna como tese intermédia na evolução da consagração da distinção entre direito e interesse, as concepções de

substantivo enquanto relação pré-existente que confere e legitima a pretensão do particular face à Administração — «pre-existência de uma relação jurídica anterior da qual resulta o próprio poder» (VIRGA, *op. cit.*, p. 25). Não constando, nem do art. 26.º da LdCdS, nem do art. 4.º da LTAR qualquer esclarecimento sobre quais sejam as posições legitimantes, deve-se à doutrina o discernimento de quais sejam em concreto. Por todos, vejam-se as páginas 25 a 32 da obra de VIRGA citada.

(17) BENEVENUTI, «Appunti...», p. 233

VIRGA e BENVENUTI suscitaram, também, algumas adesões, de entre as quais se conta como mais significativa a de CANADA-BARTOLI ⁽¹⁸⁾.

4. A Concepção de Guicciardi

GUICCIARDI, partindo da distinção entre normas de acção e de relação ⁽¹⁹⁾, vem introduzir um elemento novo na concepção do interesse legítimo, o qual se traduz na referência e no ênfase colocados no modo de protecção do próprio interesse, concebido como um poder de reacção processual atribuído ao sujeito para tutela de um seu interesse ofendido por um acto da Administração. São significativas as linhas que escreveu na sua monografia sobre a Justiça Administrativa: «*O interesse qualificado do cidadão, que legitima o seu portador, e só este, com exclusão dos demais sujeitos que não se encontrem na sua específica posição [posição legitimante], a provocar um controle administrativo ou jurisdicional sobre a validade dos actos administrativos, designa-se interesse legítimo: o qual será, pois, a projecção processual do interesse qualificado*» ⁽²⁰⁾. Deste modo, para o autor, o interesse só «*ganha relevância jurídica tendo em vista fins processuais*» ⁽²¹⁾ e a realização do interesse público.

A este entendimento foram, igualmente, desferidas algumas críticas, de entre as quais sobressaem a que realça a eventualidade do interesse legítimo na concepção deste autor, condicionada e subordinada à tutela processual, despre-

⁽¹⁸⁾ CANADA-BARTOLI, «Interesse...»

⁽¹⁹⁾ «*É clara a distinção entre normas de relação e de acção. As primeiras definem a linha de demarcação entre a esfera jurídica do cidadão e a da Administração [e visam resolver conflitos de interesses individuais]; as segundas disciplinam a actividade que a Administração pode desenvolver dentro da sua esfera jurídica [tutelam o interesse público impondo comportamentos à Administração]. Deste modo, a violação por parte da autoridade administrativa de uma norma de relação corresponde a uma invasão indevida da esfera jurídica do cidadão e, nessa medida, a lesão de um direito alheio; enquanto que a falta de acatamento de uma norma de acção significa um comportamento da Administração desconforme com o interesse público que ela própria personaliza e, portanto, uma actuação contrária ao seu próprio interesse*» (GUICCIARDI, «La Giustizia...», p. 34).

⁽²⁰⁾ GUICCIARDI, «La Giustizia...», p. 43

⁽²¹⁾ Idem, p. 44

zando o seu aspecto material, e a que põe em causa a sua estrita dependência face à tutela do interesse público afirmando que a consequência lógica da tese de GUICCIARDI seria a consagração de uma jurisdição objectiva para os interesses legítimos ⁽²²⁾.

Clarificando a distinção proposta por GUICCIARDI, na sequência do ensinamento de CHIOVENDA, segundo o qual o interesse legítimo é um puro poder de acção, refira-se com ele que *«enquanto o interesse qualificado ou legítimo do cidadão se encontra sempre e necessariamente em relação com o interesse público, e precisamente numa relação de coincidência, porque só nesse caso o primeiro pode beneficiar da tutela conferida ao segundo, o direito subjectivo encontra-se numa posição de completa independência. (...) E, enquanto que aquele que invoca juridicamente um direito subjectivo invoca directamente um interesse jurídico próprio, o portador de um interesse qualificado invoca um interesse de outrem, o interesse público (...), ignorando o ordenamento jurídico a vantagem que o interesse individual pode perceber da sua incidência com o interesse público, realizando-se aquele de um ponto de vista meramente factual»* ⁽²³⁾.

5. A Posição de Nigro

É NIGRO quem nos oferece uma posição que pretende ao mesmo tempo esclarecer e defender o entendimento mais recente sobre o interesse legítimo e a sua relação com o direito subjectivo-interesse intencionalmente protegido pelo ordenamento jurídico através de poderes conferidos ao cidadão ⁽²⁴⁾. Superando a dimensão meramente processual da defesa do interesse, ou o seu carácter ocasional e indirecto, NIGRO defende que o interesse não é só um limite do poder da Administração mas é ele próprio um poder que *«contribui para a determi-*

⁽²²⁾ Para este autor, a razão pela qual o legislador confere ao cidadão o poder de desencadear o controlo dos actos da Administração é a de *«garantir da forma mais eficaz possível a conformidade da actividade administrativa com o interesse público»*, op. cit., p. 42

⁽²³⁾ GUICCIARDI, op. cit., pp. 42-43.

⁽²⁴⁾ Direito subjectivo *«é a posição fundamental de vantagem concedida a um sujeito com vista a um bem e consistindo na atribuição a esse sujeito de uma força («força») traduzida na disponibilidade de diversos instrumentos (faculdades, pretensões, poderes) aptos a realizarem de forma plena o interesse ao bem»* («Giustizia...», p. 115).

nação em concreto do interesse público» (25) e que merece, por parte do ordenamento jurídico, uma protecção específica, intencionalmente dirigida à sua salvaguarda. Assim, o interesse legítimo «*é a posição de vantagem conferida a um sujeito do ordenamento, tendo em vista um bem que é objecto de um poder da Administração e que consiste na atribuição a esse mesmo sujeito de poderes aptos a influenciar o correcto exercício desse mesmo poder, de molde a tornar possível a efectiva realização do interesse ao bem»* (26).

Concebido o interesse legítimo nos termos acabados de apresentar, claro se nos apresenta agora o pressuposto que serviu de ponto de partida para a tese de NIGRO: o cidadão não se encontra numa situação de sujeição face à Administração, nem o seu interesse é um mero limite do poder desta última, por um lado, e, por outro, o interesse público não nega, nem incorpora o interesse privado, antes convive com ele (satisfazendo-o ou sacrificando-o). «*Isto quer dizer que o poder da Administração se manifesta e se concretiza por meio de uma espécie de confronto e de cooperação dinâmica com os interesses privados, que tem a sua sede na preparação do acto. (...) Sendo assim, conclui-se que a norma que atribui o poder é simultaneamente uma norma reguladora, directa e voluntariamente, tanto do interesse público, quanto do interesse de particulares»* (27) (28).

Esta noção de Nigro, à qual se reconhece o mérito de ter contribuído para a promoção do interesse individual face ao interesse público, retirando o carácter accidental, reflexo e menor daquele perante este, e concebendo-o, semelhantemente ao direito subjectivo, como uma situação jurídica subjectiva substancial e não meramente instrumental, não apresenta, contudo (poder-se-ia criticar) uma clara distinção entre o interesse legítimo e o direito subjectivo, já que ambos são considerados e explicados, em suma, como interesses intencionalmente

(25) NIGRO, op. cit., 120. LAVAGNA, a este propósito, diz que na tese de NIGRO «*o titular do interesse legítimo é, de qualquer modo, gestor de um poder de condicionamento de um poder público; e isto com base numa norma que é dirigida à protecção, quer do interesse público, quer do privado»* («Istituzioni...», p. 427).

(26) NIGRO, op. cit., pp. 127-128.

(27) Idem, pp. 122-123.

(28) «*A afirmação da doutrina tradicional de que o interesse legítimo é um interesse protegido reflexa e ocasionalmente é completamente inexacta e é o 'pricipitato giuridico' de uma ideologia que atribui ao interesse do particular uma posição absolutamente subordinada face à Administração e ao seu interesse»* (NIGRO, op. cit., p. 124).

protegidos pelo ordenamento. A esta crítica NIGRO tentará responder dizendo que as diferenças entre estas duas posições jurídicas subjectivas se encontram no modo de protecção («grado» e «forma») e, eventualmente, no momento da sua individualização, isto é, o momento em que surgem as duas situações jurídicas subjectivas. Vejamos muito sucintamente a primeira destas, porque decisiva, para de seguida podermos concluir a exposição da tese de NIGRO com a distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo.

Quanto ao modo de protecção, e mais particularmente quanto à sua consistência («grado»), há que referir que o direito subjectivo comporta poderes que possibilitam que a satisfação do interesse do particular não seja nunca posta em causa, enquanto que o interesse legítimo não tem esta satisfação plena e segura, a qual fica dependente da realização do interesse público ⁽²⁹⁾. No respeitante à forma de protecção ela manifesta-se na possibilidade de conferir ao particular a participação genérica no exercício do poder ⁽³⁰⁾, contribuindo para que ele seja efectivamente exercido de acordo com o interesse público e dentro dos limites legais. «*Pode-se, portanto, dizer que o interesse legítimo consiste na [possibilidade de] participação do particular na função administrativa de carácter activo*» ⁽³¹⁾ não se esgotando, por isso, na tutela jurisdicional.

Deste modo, e para concluir, o interesse legítimo não é uma situação menor e imperfeita face ao direito subjectivo, um mero estádio intermédio entre o direito e o interesse de facto ⁽³²⁾, encontrando-se, pelo contrário, em situação de pari-

⁽²⁹⁾ «(...) se é verdade que a norma, com a atribuição e a delimitação do poder, tutela conjuntamente o interesse público e os interesses privados, deste mesmo mecanismo resulta que o interesse público, sendo tutelado no momento do exercício do poder, é tutelado imediata e plenamente [necessariamente], enquanto que o interesse privado, sendo tutelado também ele por meio do exercício do poder, resulta tutelado mediata e eventualmente» — NIGRO, op. cit., 125.

⁽³⁰⁾ Mormente através de institutos que descreveremos adiante, destacando-se a oposição jurisdicional (anulação do acto administrativo), o recurso administrativo (eliminação do acto por via administrativa), o poder de participação na preparação do acto (colaboração voluntária com os órgãos e agentes do Estado) e o poder de provocar o exercício da actividade administrativa. Nesta medida, o interesse legítimo é um poder de acção que não se limita, como pretendia CHIOVENDA, ao mero poder de se dirigir a um tribunal, mas que se traduz em inúmeras outras faculdades ao nível do processo administrativo «*com vista a influenciar a actividade administrativa*» (NIGRO, op. cit., p. 126).

⁽³¹⁾ NIGRO, op. cit., p. 126.

⁽³²⁾ GUICCIARDI diz que seria um «erro grave» considerar o interesse legítimo como um estado intermédio entre o direito subjectivo e o interesse simples. Todavia, fá-lo por razões radicalmente diversas daquelas que levam NIGRO a tomar posição semelhante. Assim, defende que

dade com o direito e, por isso, em condições de com ele não coincidir, de com ele não se confundir, mas nem por isso em situação de inferioridade. «*A verdade é que nem o interesse legítimo é uma situação menor face ao direito subjectivo, nem é verdadeira a inversa. Entre as duas situações não se verifica uma diferença quantitativa. (...) A titularidade do interesse legítimo permite penetrar no âmago do poder administrativo, orientando o seu exercício e corrigindo os seus desvios: o direito subjectivo nunca pode chegar tão longe. Por outro lado, todavia, o interesse legítimo esgota as suas virtualidades nesta participação, nunca podendo atingir o fim desejado senão por meio do exercício do poder e na medida em que este lho consinta*» (33).

Tendo tido o mérito de avançar decisivamente na consideração do interesse legítimo como uma posição jurídica subjectiva *a se* e de ter contribuído para o esclarecimento da relação entre o interesse público e o interesse individual, NIGRO, apesar disso, não evita, pelo menos num certo momento, a confusão entre direito e interesse deixando suspeitar que a única diferença efectiva seria de grau ou de consistência, continuando, por isso, a não ser possível descortinar uma diferença substancial entre estas posições jurídicas subjectivas.

6. Os Direitos Enfraquecidos

Os direitos enfraquecidos são também posições jurídicas subjectivas e merecem que lhes dediquemos algumas palavras para que se esclareçam as suas relações com os direitos subjectivos e os interesses legítimos.

A doutrina designa habitualmente por «*diritti affievoliti*» os direitos que, realizada uma condição normativa expressamente prevista, podem ser sacrificados, limitados (VIRGA) e subordinados (BENVENUTI) pela «*existência de um 'sovrastante' interesse público*» (ROCCO), degradando-se (ZANOBINI, SANDULLI, GUICCIARDI, LAVAGNA) ou transformando-se (ALESSI) em

sendo os direitos subjectivos e os interesses legítimos estruturalmente diferentes entre si atendendo às normas que os fundamentam «*o interesse qualificado é ele próprio um interesse simples que beneficia de relevo jurídico tendo em vista fins processuais. E, enquanto que quem invoca juridicamente um direito subjectivo invoca directamente um interesse jurídico próprio, o portador de um interesse qualificado invoca um interesse de terceiros, o interesse público.*» («*La Giustizia...*», p. 44).

(33) NIGRO, «*Giustizia...*», p. 128.

interesse legítimo (interesse de facto para GUICCIARDI). Todavia, até ao momento em que este poder da Administração, concebido e realizado de acordo com um «sovastante» interesse público, se realize, estes direitos apresentam-se como verdadeiros e próprios direitos subjectivos, «*não podendo ser considerados como figuras intermédias entre o direito e o interesse legítimo*» (34), havendo um momento em que se dá o enfraquecimento ou a degradação (35). Daí que, em rigor, estes direitos melhor se devessem designar por 'direitos degradáveis' ou 'direitos fracos' porque a sua característica específica reside na potencial susceptibilidade de, num certo momento, reverterem em interesses legítimos. Exemplo típico destes «*diritti affievoliti*» é o direito de propriedade (direito absoluto, ainda que sacrificável de acordo com uma norma legal e para realização do interesse público através de um acto de expropriação irmanado no exercício do poder discricionário da Administração).

Os direitos enfraquecidos podem ser integrados numa categoria mais ampla — a dos direitos condicionados (36) — segundo a qual teríamos direitos sob condição resolutiva, os descritos direitos enfraquecidos, em que a Administração detém o poder de actuar sobre o direito (ela que, normalmente, também se encontra adstrita ao seu respeito) ocasionando que os seus titulares passem a deter exclusivamente um interesse legítimo; e os direitos sob condição suspensiva, em que o direito se encontra originariamente fraco aguardando que um acto da Administração venha permitir a sua plena expansão — «*diritti in attesa di espansione*». Encontramos exemplos desta última categoria na necessidade de obtenção de licença de edificação para o exercício de certas faculdades do direito de propriedade, ou na dependência de inscrição obrigatória em ordens profissionais para o exercício do direito ao trabalho.

De referir, finalmente, que o fenómeno do enfraquecimento ou da degradação de um direito subjectivo só ocorre quando a Administração detiver efectivamente um poder legal e expressamente atribuído para tal. Donde, não

(34) SANDULLI, «Manuale...», p. 90.

(35) GUICCIARDI («La Giustizia...», p. 38) refere um «*stato di assoggettamento*» do cidadão face ao poder da Administração actuar sobre o seu direito, o qual, no entanto, até que tal aconteça, continua a ser um direito subjectivo tutelado pela ordem jurídica enquanto tal.

(36) SANDULLI, «Manuale...», pp. 89-91.

acontece a degradação do direito sempre que a Administração não actue de acordo com um poder legal ou sempre que ultrapasse os limites desse poder, verificando-se, então, sempre, a violação de um direito subjectivo com o consequente recurso aos tribunais comuns para a sua tutela. Ao invés, sempre que a Administração actue no âmbito de um poder atribuído normativamente, ainda que usado de forma ilegal, ocorre a degradação do direito subjectivo em interesse legítimo, e a tutela deste é da competência dos tribunais administrativos.

CAPÍTULO III

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA EM ITÁLIA

1. Generalidades

Conhecido e enquadrado o objecto do presente relatório, importa agora referir e, em alguns casos, sublinhar, os aspectos mais relevantes da evolução histórica ⁽¹⁾ que os institutos da Justiça Administrativa conheceram na Península Transalpina, mesmo antes da unificação e da criação do Estado italiano. Ao contrário do que aconteceu e acontece em muitos outros ordenamentos jurídicos, a Itália, após a sua unificação no século passado, conheceu um sistema que, embora mitigado, para alguns, no seu elemento mais característico — a atribuição aos tribunais comuns da competência para conhecerem da violação das posições jurídicas dos particulares por actos da Administração — se mantém quase inalterado desde o momento da sua concepção em 1865, depois de algumas incertezas e diferenças entre os Estados pré-unitários.

A este propósito poder-se-ia considerar diversos períodos, consoante os critérios adoptados mas, para os fins do presente capítulo, afigura-se-nos mais indicado distinguir os três grandes períodos da recente história da Itália. Assim,

(1) NIGRO, «Giustizia...», pp. 67-113; VIRGA, «La Tutela...», pp. 9-15; GUICCIARDI, «La Giustizia...», pp. 45-60; CAPACCIOLI, «Unità...», pp. 383-393; VITAL, «Garantias...», pp. 106 ss.; ZANOBINI, «Corso...», pp. 28-53; ALESSI, «Principii...», pp. 744-759; LANDI, «Consiglio...»; FRANCHI, «Contenzioso...», pp. 614-618; ORLANDO, «Principii...», pp. 329-333.

veremos antes de mais o período que ocorreu até à primeira unificação italiana sob o domínio francês, e o lapso em que este ocorreu para, posteriormente, estudarmos o sistema que vigorou desde a unificação italiana em 1861.

Naturalmente que a presente referência histórica não se apresenta exaustiva, antes pretende fazer realçar os aspectos mais significativos do processo das garantias dos particulares face à Administração, de molde a que melhor possamos compreender o sistema que se nos apresenta na actualidade.

2. Até à Dominação Francesa

Antes que a dominação francesa, primeiro, e a definitiva união italiana depois, viessem trazer sistemas únicos de justiça administrativa, estes variaram profundamente consoante os diversos Estados pré-unitários. Na impossibilidade de estudar os sistemas existentes em todos eles, importa realçar os que apresentam maior desenvolvimento. Nesta medida, ganham especial interesse o Reino da Sardenha e o Reino de Nápoles, aquele pela influência que teve nas soluções adoptadas após a unificação da Itália, o segundo porque conseguiu, mesmo, resistir à dominação francesa, embora, em ambos os casos, deparemos com sistemas enquadráveis no espírito das soluções francesas do contencioso administrativo.

No Reino da Sardenha encontramos, desde 1564, um órgão do Estado com atribuições simultaneamente político-consultivas e jurisdicionais, a «*Regia Udienza*». Esta subsistirá até ao domínio francês e será recuperada mais tarde com outra designação, a de «*Consiglio Supremo di Sardegna*».

Enquanto isto, no Reino de Nápoles já em 1503 Fernando, o Católico, havia instituído o «*Consiglio Colaterale*», com funções jurisdicionais e administrativas. Todavia, em 1734 — 1737, Carlos de Bourbon extinguiria o «*Consiglio Colaterale*» criando, em sua substituição, o «*Sacro Regio Consiglio*» (órgão supremo de jurisdição) e a «*Real Camera di Santa Chiara*» (com funções administrativas). Simultaneamente, existiu um Conselho de Estado, o qual detinha, no entanto, funções meramente políticas, comportando-se, sensivelmente, como um Conselho de Ministros.

3. Dominação Francesa

Dominadores e unificadores do espaço transalpino, os franceses logo introduziram no Reino Itálico e no Reino das Duas Sicílias um único sistema de Justiça Administrativa, precisamente o que fora organizado em França pela legislação do Ano VIII. Embora através de instrumentos legislativos diversos (r.d. de 9 de Maio de 1805 e o 3.º Estatuto Constitucional do Reino Itálico, de 5 de Junho de 1805, para aquele reino, e r.d. de 15 de Maio de 1806 para o Reino das Duas Sicílias), o dominador e unificador criou um Conselho de Estado com competências consultivas e contenciosas as quais, no entanto, no que respeita ao Reino das Duas Sicílias, só seriam exercidas sobre os domínios aquém do Faro. i.e., no espaço peninsular do território.

4. Entre a Dominação Francesa e a Unificação Italiana (2)

Observamos neste período intermédio uma regressão em relação ao que acontecera aquando da dominação francesa, uma vez que se verifica novamente uma fragmentação e diversificação do sistema de protecção dos particulares face à Administração. Em síntese, podem-se descortinar três formas ou tipos de organização aos quais se reconduzem os sistemas de Justiça Administrativa dos Estados pré-unitários. Assim, a par da inexistência tendencial de controle jurisdicional dos actos da Administração (Ducado de Modena e Reino Lombardo-Veneto), encontramos formas jurisdicionais de protecção dos particulares que se traduzem, quer na existência de uma jurisdição que também conhece destas matérias (Grão-Ducado da Toscana), quer na criação (talvez melhor, na manutenção) de um sistema de contencioso administrativo de inspiração francesa (Reino das Duas Sicílias, Reino da Sardenha, Estados Pontifícios e Ducado de Parma).

(2) Por todos veja-se ORLANDO, op. cit. loc. cit.

5. (cont.) Inexistência Tendencial de Controle Jurisdicional da Administração

Quer no Ducado de Modena e Reggio, quer no Reino Lombardo-Veneto, não é conhecido, por este tempo, um órgão com funções jurisdicionais de Justiça Administrativa, recebendo ou não a designação de Conselho de Estado ⁽³⁾. Foi, pois, ao nível da Administração activa que os diferendos entre esta e os cidadãos tiveram de ser resolvidos.

6. (cont.) Jurisdição Única

Muito embora no Grão-Ducado da Toscana fossem conhecidas, desde 1773 a «Real Consulta» e, mais tarde, em 1848, o Conselho de Estado, podemos caracterizar o sistema que ali vigorou naquela época como de jurisdição única. De facto, aqueles órgãos tinham funções meramente consultivas só excedidas, no caso do Conselho de Estado, por uma atribuição de competências com jurisdição especial para as questões tributárias.

7. (cont.) Contencioso Administrativo de Tipo Francês

A influência francesa exercida durante o seu domínio sobre os reinos da Península Itálica e a que resultou dos modelos trazidos pelas casas reinantes fez com que maioritariamente tivesse sido adoptada por estes Estados uma solução de tipo francês para os problemas concernentes à da Justiça Administrativa. Foi igualmente este o sistema que nesta fase manifestou, pelos institutos que concebeu, uma maior preocupação em proteger os particulares salvaguardando os interesses da Administração.

⁽³⁾ Curiosamente, existiam no Reino Lombardo-Veneto dois Conselhos dos Lugar-Tenentes, em Milão e Veneza, e, posteriormente, as «*Congregazioni Centrali di Milano e di Venezia*», as quais «*avevano poteri deliberativi e consultivi, ed anche un potere per 'sommessamente rappresentare' al sovrano 'i bisogni, i desideri e le preghiere' della nazione in tutti i rami dell' amministrazione.*» (cfr. LANDI, op. cit., p. 301). Por outro lado, refira-se que no Ducado de Modena e Reggio os Ministros e os Governadores recebiam o título de Conselheiros de Estado, mas nunca foi criado um órgão de reunião dos vários conselheiros.

Assim, as formas mais aperfeiçoadas de protecção das posições jurídicas dos particulares, neste estágio da evolução Justiça Administrativa em Itália, encontramos-las nos Estados que mantêm as instituições conformes com a experiência francesa. De entre eles ressaltam alguns exemplos mais significativos, que referiremos muito sucintamente.

Antes de mais, no Reino das Duas Sicílias, onde, como vimos, durante o período napoleónico, não fora possível criar um sistema único para todo o Reino, as leis de 8 de Dezembro de 1816 e de 4 de Junho de 1822 alargaram a competência territorial do Conselho de Estado para além do Faro com funções político-representativas, independentemente do Conselho de Ministros, onde eram apresentados e debatidos os assuntos mais relevantes do Reino e onde era exercido um certo controlo sobre aquele órgão governativo. Depreende-se, pois, que as suas funções eram de tipo parlamentar e não jurisdicional, enquadradas nos conceitos de uma monarquia moderada e manifestando, quando muito, características de inspecção política sobre a Administração. Todavia, simultaneamente, encontramos o «*Supremo Consiglio di Chancelleria*» (1817-1820) com funções de Justiça Administrativa e a «*Consulta Generale del Regno*» que, em 1824, o veio substituir. O sistema complicar-se-ia mais tarde quando foi reconhecida a impossibilidade de obter uma plena fusão entre as duas partes do Reino e, assim, houve necessidade de criar duas «*Consulta*», uma em Nápoles e outra em Palermo.

No Reino da Sardenha e Piemonte, também constituído por duas porções territoriais às quais correspondiam culturas e tradições algo diversas, encontramos também um sistema de contencioso de tipo francês. No entanto, enquanto na Sardenha vemos manter-se a organização pré-existente ao domínio francês — o «*Consiglio di Conferenza*» e o «*Consiglio Supremo di Sardegna*» que, em 1817, substituíram a «*Regia Udienza*» — já em Turim é a influência francesa que se exerce, quer directamente pelo contacto com as instituições trazidas pelo domínio, quer indirectamente pelos ensinamentos que a Corte da Casa de Sabóia trouxera de França. Assim sendo, é precisamente «*per i Regi Stati di Terraferma*» que, em 1831, o Rei Carlos Alberto publica o Édito com o qual cria o Conselho de Estado, inicialmente com funções consultivas e de parecer ao Rei nos casos de Recurso Extraordinário e, posteriormente, com a lei de 30 de Outubro de 1859, com poderes de justiça delegada, tendo as decisões proferidas pela sua IV secção — Contencioso Administrativo — a eficácia de sentença.

Quanto aos Estados Pontifícios, verificamos que até 1835 as disputas entre a Administração Pública e os particulares eram resolvidas pela autoridade administrativa e que, posteriormente, com a introdução do «Ordenamento de Jurisdição em Matéria Administrativa», foi concebido um sistema de contencioso administrativo de inspiração francesa, sendo aos tribunais administrativos reconhecida competência geral.

Finalmente, no Ducado de Parma, Piacenza e Guastalla, o Conselho de Estado, criado em 1814 e reorganizado em 1822, beneficiou de competências consultivas e de jurisdição para o contencioso administrativo.

8. Sequência

É, pois, neste contexto que, especialmente em 1847, surge com maior vigor a questão doutrinária sobre qual o sistema mais apto a garantir as posições jurídicas dos cidadãos face à Administração Pública. Assim, por um lado, uma corrente doutrinária liberal, liderada por MINGHETTI e PERUZZI, defendia o reforço das garantias dos particulares através da demarcação da protecção dos seus direitos e interesses ofendidos por actos de administração da própria Administração ou de órgãos que face a ela não pudessem assegurar plena independência — isto é, em suma, a criação de um sistema de jurisdição única; e, por outro lado, uma tendência conservadora, na qual predomina RATAZZI, preconizava que o reforço daquelas garantias fosse feito através do aperfeiçoamento do sistema da dupla jurisdição.

Será neste agravado contexto de divisão — provocado pela diferença dos sistemas adoptados nos vários Estados pré-unitários e pela querela doutrinária — que chegará, em 1861, a unificação definitiva da Itália.

9. Unificação Italiana

Desde a unificação da Itália podemos detectar três fases na evolução da Justiça Administrativa.

Assim, e antes de mais, dá-se provisoriamente uma recepção do sistema adoptado no Reino da Sardenha e Piemonte, à qual se seguirá a criação, pre-

tensamente definitiva, de um regime de jurisdição unificada em torno dos tribunais comuns, o qual, nos nossos dias, conhece algumas modificações e adaptações que o transformaram num sistema misto, eventualmente com prevalência da jurisdição comum.

10. (cont.) Recepção Provisória De Leis Dos Estados Pré-Unitários

Após a unificação italiana foi recebido na ordem jurídica do novo Estado o sistema sardo-piemontês que referimos, através da extensão da aplicação da citada lei de 1859 a todo o território italiano, e que se pode enunciar nos seus grandes princípios referindo os seus três aspectos principais.

Em primeiro lugar, detectamos a existência de uma via contenciosa administrativa confiada ao Conselho de Estado para os casos de ofensa de direitos dos administrados por actos de império e por actos de mera gestão da Administração. Por outro lado, deixava-se à Administração activa a competência exclusiva para conhecer da violação de interesses dos cidadãos, aos quais, na falta de via jurisdicional, só restava a via administrativa ou graciosa. Finalmente, os conflitos de competência eram resolvidos pelo Rei.

11. (cont.) Sistema de Jurisdição Única

A lei n.º 2248, de 20 de Março de 1875, All. E, veio alterar profundamente o sistema então em vigor, abolindo a jurisdição administrativa e entregando aos tribunais comuns a competência para conhecerem dos diferendos entre os particulares e a Administração que tivessem por fundamento posições jurídicas subjectivas daqueles violadas por um acto desta. Refira-se, no entanto, que a chamada «*Legge abolitiva del contenzioso amministrativo*», concebida segundo as preferências liberais da época e de acordo com o modelo belga (arts. 92.º, 93.º, 106.º e 107.º da Constituição Belga de 1831, que reproduz quase integralmente), muito embora tenha mostrado uma clara preferência pela existência de uma única jurisdição para melhor e maior protecção dos particulares face à Administração, não eliminou as jurisdições especiais, mormente o Tribunal de Contas, conforme resulta expressamente do art. 12.º. Não temos, por

isso, um sistema puro de unificação, nem essa terá sido a intenção do legislador que só pretendeu afastar os «juízes ordinários do Contencioso Administrativo», como resulta da norma citada conjugada com o art. 1.º.

Poder-se-iam apresentar várias razões ou motivações para que o legislador tivesse produzido uma tal lei (desde a desconfiança sobre a independência e a imparcialidade do juiz administrativo para julgar causas em que a Administração estivesse envolvida — o chamado «espírito de grupo» — até a formas recalçadas de reacção ao ainda recente domínio francês. Parece, no entanto, que duas se sobrepõem às demais. Assim, a primeira razão da LAC terá sido uma estrita concepção do princípio da separação de poderes manifestada, quer na abolição dos tribunais administrativos porque intromissão do poder executivo no âmbito das atribuições do poder judicial (art. 1.º), quer na inibição aos juizes dos tribunais comuns da faculdade de se substituírem à própria Administração na aplicação do Direito (art. 4.º) (4). Em suma, o legislador de 1865, de acordo com o entendimento radical da separação de poderes, recusando, salvos os casos das jurisdições especiais, o Administrador-Juiz, veio negar também a criação de Juizes-Administradores obstando, deste modo, a que a Administração (poder executivo) exercesse funções substitutivas das suas omissões e/ou imperfeições através de um juiz próprio, e que os juizes dos tribunais comuns (poder judicial) ultrapassassem a própria Administração na conformação desta à norma que lhe impõe determinada conduta. Como veremos adiante, aos Tribunais cabe conhecer, quanto aos efeitos, da legalidade dos actos (5), enquanto que à Administração compete sempre repor a legalidade, anulando ou modificando o acto viciado. Esta inibição de os Tribunais exercerem efectivamente os seus poderes de tipo substitutivo (6) irá também contribuir para a reforma de 1889/90, como veremos adiante.

(4) Neste sentido, ZANOBINI, «Corso...», II, p. 152, quando diz que *«se o juiz pudesse revogar ou modificar a providência administrativa ele poderia substituir com a sua vontade a da Administração, o que estaria em evidente contraste com o princípio da separação de poderes.»*

(5) A LAC atribui aos Tribunais somente competência para conhecerem da legalidade dos actos, deixando as questões de mérito ou de oportunidade à valoração, em sede de recurso gracioso, da Administração activa, salvos os casos expressamente previstos na LCdS e na LTAR.

(6) Cfr. a tese de CHIOVENDA (cit. in COSTA, «Manuale...», p. 77), segundo a qual a distinção entre os poderes executivo e judicial há-de operar-se através do carácter substitutivo da actuação dos Tribunais, sempre que as partes não se conformem ao Direito, ao contrário da Admi-

A segunda razão referida, simultaneamente causa e consequência da anterior, foi uma deliberada vontade de salvaguardar as posições jurídicas dos particulares face à Administração, aumentando mesmo aquela protecção, retirando àquela um privilégio considerado como o mais gravoso de entre as suas prerrogativas. Deste modo, o legislador de 1865 pretendeu, contemporaneamente, desenvolver as garantias dos particulares e, desse modo, progredir na construção do Estado de Direito, conferindo aos cidadãos, nas suas relações com a Administração, os mesmos meios de defesa de que aqueles dispõem nas relações entre si.

Em suma, a lei 2248, All.E, de 20 de Março de 1865, de acordo com o estrito conceito da separação de poderes e tendo em vista aumentar as garantias dos particulares face à Administração, aboliu o Contencioso Administrativo geral, devolvendo aos tribunais comuns a competência para conhecerem das questões que tivessem por objecto os designados «*diritto(i) civile(i) o politico(i)*». O que sejam estes direitos será a questão mais controvertida e mais incerta de toda a Justiça Administrativa em Itália (7).

Entretanto, e no que respeita ao Conselho de Estado, a presente lei traz importantes modificações ao quadro das suas competências. Em síntese, as suas principais atribuições passam a ser, de ora em diante, a de jurisdição especial para os diferendos respeitantes à dívida pública, a de emitir pareceres ao Monarca nos casos de recurso extraordinário ao Rei (função de Justiça Administrativa não jurisdicional) e, provisoriamente, até 1877, a de Tribunal de Conflitos.

nistração que se limita a agir de acordo com uma norma legal que lhe é dirigida. Note-se, no entanto, que esta tese de CHIOVENDA não lhe parece absolutamente compatível ou, pelo menos, adequada à lei de 1865, já que nesta se impede o juiz de exercer, precisamente, as suas funções substitutivas, devendo limitar-se, como veremos, a conhecer dos efeitos do acto lesivo, e não podendo modificar ou revogar o acto ilegal (art. 4.º), muito embora, como contrapartida, a Administração tenha a obrigação jurídica de se conformar com a decisão dos Tribunais (cit. art. 4.º).

(7) Tenha-se aqui em conta o que já se disse no Cap. II quanto à distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo e o que no último capítulo se referirá quanto aos critérios de atribuição de competência aos tribunais comuns e aos administrativos.

12. (cont.) Sistema misto com Prevalência da Jurisdição Comum

Conforme se referiu logo no início do presente capítulo, o sistema actual apresenta-se, no seu fundamental e de um ponto de vista teórico, tributário do previsto na lei de 1865. Sofreu, porém, algumas importantes adaptações, para uns, transformações, para outros. O estudo destas vicissitudes e o conhecimento do sistema actual encontra-se geminado com aqueleoutro do Conselho de Estado.

A primeira e fundamental alteração sofrida pela LAC ocorreu poucos anos após a sua publicação e entrada em vigor e surgiu com as leis de 31 de Março de 1889, n.º 5992, e de 1 de Maio de 1890, n.º 6837 ⁽⁸⁾. Com esta legislação criou-se, ou recriou-se, uma jurisdição geral, a administrativa, para a protecção jurisdicional das posições jurídicas subjectivas violadas por actos ilegais da Administração. Com este objectivo, a primeira destas duas leis — comumente designada por «*Legge Crispi*» — recria o Contencioso Administrativo, maioritariamente entregue à IV Secção («Justiça Administrativa») do Conselho de Estado ⁽⁹⁾, então criada. Por seu turno, a segunda organiza um sistema de Justiça Administrativa local («*legge istitutiva della giurisdizione amministrativa periferica*») ao instituir, com competências reduzidas (exclusivas e de primeiro grau para algumas, poucas, matérias) as Juntas Provinciais Administrativas. O complexo formado pelas GPA e pelo CdS integrou a Jurisdição Administrativa, enquanto jurisdição geral dos doutrinariamente designados interesses legítimos. A natureza jurídica desta nova Jurisdição, especialmente a da IV Secção do Conselho de Estado, foi questão bastante controvertida só tendo sido definitivamente esclarecida com a reforma «*Giolitti*», de 1907, já que a doutrina se dividiu entre considerar esta IV Secção como um puro órgão dissidente da Administração actua, embora com forma contenciosa («*un organo di amministrazione contenziosa*») ou como um órgão verdadeiramente jurisdicional no âmbito das novas atribuições que lhe foram cometidas para a Justiça Administrativa ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ A propósito dos antecedentes doutrinários desta reforma, veja-se BENVENUTI, «Giustizia...», p. 600 e ss.

⁽⁹⁾ As anteriores três secções do Conselho de Estado eram, respectivamente, Interior, Graça e Justiça, e Finanças, todas com competência consultiva.

⁽¹⁰⁾ Por todos, sobre esta questão, MORTARA, «Manuale...», pp. 251-254, o qual, aliás, foi o principal defensor do carácter jurisdicional dos Tribunais Administrativos, influenciando decisivamente com os seus escritos o legislador de 1907.

Com a presente reforma, o legislador italiano pretendeu, de acordo com as teses doutrinárias dominantes, remediar «a inadequada tutela dos interesses legítimos» ⁽¹¹⁾ que teriam ficado sem protecção com a LAC. Esta corrente funda-se, como vimos, numa interpretação do art. 2.º («*Diritto civile o politico*») como tutelando somente os direitos subjectivos dos particulares ⁽¹²⁾ ficando os interesses legítimos («as matérias não compreendidas no artigo anterior» — art. 3.º) com uma tutela defeituosa ou menor porque reduzida à via graciosa ⁽¹³⁾. Deste modo, as alterações de 1889-90 pretenderam, ainda, e mais uma vez, aumentar as garantias dos cidadãos face à Administração, tutelando jurisdicionalmente posições jurídicas daqueles (interesses legítimos) que antes o não eram, embora criando a Jurisdição Administrativa, conferindo, assim, «*uma garantia mais sólida e, sobretudo, mais eficaz a uma vasta gama de interesses deixados pela lei de 1865 ao conhecimento exclusivo da própria administração*» ⁽¹⁴⁾.

ENZO CAPACCIOLI ⁽¹⁵⁾ apresenta, contudo, uma versão diversa para a necessidade da reforma. Assim, recusa que o legislador de 1865 tenha ignorado os interesses legítimos dos particulares, o que seria uma regressão face ao sistema de tipo francês então substituído, afirmando que aqueles se encontravam previstos na devolução à Jurisdição comum dos litígios que tivessem por objecto qualquer «*dirito civile o politico*». Para tal, nega o significado que a «*tradição interpretativa*» conferiu à expressão «*diritto civile o politico*» como se a mesma

⁽¹¹⁾ VIRGA, «La Tutela...», p. 11

⁽¹²⁾ BOZZI («*Diritto...*», p. 1237) é claro a este propósito ao referir que usar a expressão «*diritto civile o politico*» é dizer o mesmo que *diritto subjectivo*».

⁽¹³⁾ Neste sentido ZANOBINI, «*Corso...*», II, p. 137, reafirmando o que havia escrito a pp. 36, ao dizer que «*O princípio do art.º 2.º (da LAC) é completado pelo art. 3.º, segundo o qual, nas matérias diversas de um simples interesse, a decisão compete à Administração activa (...). Mais tarde, esta tutela imperfeita dos interesses será completada através dos recursos à Jurisdição Administrativa, entretanto criada para esse fim.*» Neste mesmo sentido escreve BOZZI, «*Diritto...*», p. 1235, que «*inicialmente a distinção entre direito subjectivo e interesse serviu unicamente para diferenciar as atribuições dos órgãos jurisdicionais daquelas dos órgãos administrativos*».

⁽¹⁴⁾ BOZZI, *op cit.*, pp. 1235-1236. V. igualmente ORLANDO «*Principii di Diritto Costituzionale*», p. 302 ao defender que a lei de 1889 «*não desmentia mas não integrava*» os princípios de um contencioso administrativo justo e moderno reconhecendo nos tribunais comuns a «*única e autónoma (...)* fonte de jurisdição».

⁽¹⁵⁾ «*Unità...*», pp. 385-387 e 388-390.

quisesse significar direito subjectivo, afirmando que o art. 2.º da LAC tem de ser interpretado em conjunto com as normas dos artigos 1.º e 3.º, e que de todas elas resulta que «*os homens daquele tempo (...) distinguíam dois grandes sectores da actividade administrativa: aquele que era regulado pela lei, ou, mais genericamente, por fontes normativas que vinculavam a autoridade pública, e aqueloutro no qual, ao invés, a autoridade actuava sem que quaisquer normas a vinculassem, podendo escolher, caso a caso, as soluções tidas como mais oportunas do ponto de vista do interesse público. O primeiro destes sectores era designado 'jurídico': onde as questões podiam ser levantadas e resolvidas em termos de direito. O segundo era chamado 'económico' ou 'administrativo puro', para sublinhar que mesmo os critérios de conduta e de escolha eram somente critérios de conveniência, deixados à valorização da autoridade administrativa*» (16).

Em suma, CAPACCIOLI defende que a expressão «*diritto civile o politico*» em vez de designar ou ser sinónima de «direitos subjectivos», pretende abarcar todo o «sector jurídico», como, aliás, resulta necessariamente do espírito garantista da lei de 1865 e das ideias liberais que a conceberam. Acresce que até àquela data todos os «direitos em sentido amplo», como lhes chama ZANOBINI, eram tutelados pela jurisdição administrativa.

Todavia, a ser assim, fica a dúvida sobre os motivos que levaram à presente reforma. Para o autor em referência dois foram os fundamentos para as transformações operadas em 1889-90: antes de mais, a contrariedade evidente entre as disposições dos art.ºs. 2.º e 4.º da Lei de 1865, na qual o legislador confere ao juiz dos tribunais comuns competência genérica para conhecer de todas as controvérsias (no âmbito do 'jurídico') e lhe recusa poderes para actuar sobre o acto viciado, anulando-o, confirmando, deste modo, a sua rigidíssima concepção da separação de poderes; em segundo lugar, e já do ponto de vista da aplicação da lei, os tribunais comuns não foram capazes de responder à solicitação feita pelo legislador, pelo que se impôs a reforma de 1889/90 como marco da falência do sistema da jurisdição única e como forma de, superando as razões apontadas, salvaguardar e aumentar a protecção dos particulares face à Administração. É, pois, «*uma grave carência de tutela efectiva do cidadão face ao*

(16) CAPACCIOLI, *op cit.*, p. 385.

poder executivo e à Administração Pública em geral» (17) que leva o legislador de 1889/90 a actuar.

De referir, finalmente, que, quer para os defensores da tese dominante, quer para CAPACCIOLI, as leis de 1889/90 vieram reformar a lei de 1865, a qual ainda hoje, pelo menos de um ponto de vista teórico, se mantém como a pedra angular do edifício da Justiça Administrativa jurisdicional em Itália, comportando-se as leis citadas e as que se lhe sucederam como aperfeiçoamentos do sistema criado nos anos sessenta do século passado, ainda e sempre para salvaguarda das posições jurídicas dos particulares.

13. (cont.) Alterações Complementares Sofridas pelo Sistema Misto

De acordo com a crítica certa feita por CAPACCIOLI contra os artigos 2.º e 4.º da LAC — competência genérica dos tribunais comuns, os quais, no entanto, não podiam anular ou modificar o acto viciado — duas poderiam ter sido as soluções: a primeira seria conferir ao juiz dos Tribunais judiciais poderes para actuar sobre o acto administrativo, alterando-se, assim, o art. 4.º; outra seria, como foi, recriar a jurisdição administrativa com competência de anulação dos actos viciados na sua legalidade.

Foi esta segunda a solução adoptada em 1889/90 e as alterações complementares sofridas pelo sistema vieram comprovar tal intenção, em nada alterando, porém, de forma significativa, o quadro atrás descrito.

Em 1907, com a lei de 7 de Março, n.º 62 (a chamada «*Reforma Giolitti*»), posteriormente convertida no art. 23.º da LCdS, foi instituída uma nova secção no âmbito do Conselho de Estado, com competência jurisdicional, ficando à IV secção conferidos os recursos de mera legalidade e à V secção os recursos fundados no mérito do acto em questão, já que a presente lei havia alargado substancialmente a jurisdição de mérito do Conselho de Estado. Os conflitos entre as duas secções jurisdicionais do Conselho de Estado seriam resolvidos pela «*adunanza plenaria*» a qual «*acumula a competência de ambas e a exerce em casos determinados, com a mesma eficácia jurídica das secções e com maior autoridade que estas*» (18).

(17) CAPACCIOLI, «Unità...», p. 389.

(18) MORTARA, «Manuale...», p. 255.

A legislação do Conselho de Estado (à excepção da criação da sua VI secção em 1948 — d.l. 642, de 5 de Maio) foi condensada e actualizada em 1924, com o texto único de 26 de Junho, n.º 1054, o qual vigora praticamente inalterado desde então. Nele estão contidas, de forma sistemática, as normas que entretanto, de forma avulsa, foram sendo emanadas. Ressaltam, pela sua importância, a reforma das competências das diversas secções (as quais deixam de ter as suas atribuições previamente fixadas na lei) e a constituição, para certas matérias taxativamente indicadas, da jurisdição exclusiva do CdS, mesmo que o acto de Administração tenha violado um direito subjectivo⁽¹⁹⁾, ultrapassando-se, pois, nestes casos, a estudada distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo como critério de diferenciação de competências das jurisdições comum e administrativa. Terá sido esta a alteração mais significativa que ocorreu desde que, em 1889/90, ficaram delineadas as coordenadas do sistema que ainda hoje vigora.

14. (cont.) A Declaração de Inconstitucionalidade das Juntas Provinciais Administrativas

No final dos anos sessenta, a Jurisdição Administrativa, enquanto ordem jurisdicional autónoma, era composta pelas Juntas Provinciais Administrativas e pelo Conselho de Estado (e o Conselho de Justiça Administrativa para a região Siciliana, órgão regional de Justiça Administrativa).

A repartição de competências entre estes diversos órgãos jurisdicionais apresentava uma clara subvalorização das GPA, as quais detinham competências de primeiro grau para questões de interesse local, taxativamente previstas na lei de 1924 e suas alterações. Detinham, pois, competência especial.

Ao invés, o Conselho de Estado e o Conselho de Justiça Administrativa para a Região Siciliana (no que respeitava a actos praticados por entes públicos de âmbito regional) beneficiavam de competência genérica para conhecer, salvo

⁽¹⁹⁾ Efectivamente, estas alterações verificaram-se com o R.d. de 30 de Dezembro de 1923, n.º 2840, posteriormente convertido nos arts. 29.º e 30.º da citada lei do Conselho de Estado.

raras excepções, de todas as questões de legalidade relacionadas com quaisquer providências administrativas que afectassem interesses legítimos, tomadas por uma qualquer entidade administrativa. Para além desta, detinha ainda competência de segundo grau para as matérias atribuídas às GPA em primeira instância e competência específica para conhecer de alguns vícios de mérito e, em alguns casos, também de actos que violassem direitos subjectivos (jurisdição exclusiva).

Em 1967/68, o Tribunal Constitucional viria a declarar inconstitucionais ⁽²⁰⁾ as GPA por não assegurarem a independência da função judicial.

Com esta decisão do Tribunal Constitucional, a Justiça Administrativa em Itália viveu um dos momentos de maior incerteza da sua história. Foram os interesses legítimos dos particulares que sofreram esta incerteza, já que os direitos subjectivos, salvos os raros casos que eram atribuídos ao conhecimento exclusivo das GPA (art. 4.º), continuavam a beneficiar da protecção jurisdiccional. VIRGA, a este propósito, fala mesmo de uma «*lacuna que paralizou a Justiça Administrativa periférica por mais de cinco anos*» ⁽²¹⁾.

Durante este período que mediou entre a declaração de inconstitucionalidade das GPA e a entrada em vigor da nova lei que criou os Tribunais Administrativos Regionais (Lei de 6 de Dezembro de 1971, n.º 1034), bem como o seu Regulamento de Execução (D.P.R. de 21 de Abril de 1973, n.º 214) verificou-se uma concentração de competências no Conselho de Estado e na Junta de Justiça Administrativa para a Região Siciliana, esta, naturalmente, no âmbito exclusivo da sua jurisdição territorial. Tal facto ficou a dever-se à consideração do sistema de jurisdição administrativa como tendo carácter unitário, daí resultando que «*deixando de existir um órgão pertencente a um sistema jurisdiccional unitário, as suas atribuições não pudessem — na falta de expressa manifestação em contrário — considerar-se subtraídas a tal sistema (especialmente quando os órgãos existentes são os mais importantes no sistema)*» ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Sentenças do Tribunal Constitucional números 30 (22 de Março de 1967), 33 e 49 (20 de Abril e 27 de Maio de 1968, respectivamente).

⁽²¹⁾ VIRGA, «La Tutela...», p. 164.

⁽²²⁾ SANDULLI, «Manuale...», p. 923.

Finalmente, e perante o vazio criado pela declaração de inconstitucionalidade das Juntas Provinciais Administrativas, a lei de 6 de Dezembro de 1971, n.º 1034, instituiu os Tribunais Administrativos Regionais como órgãos jurisdicionais «periféricos». Deste modo se dava completa exequibilidade à norma constitucional que previa a criação de um sistema de justiça administrativa regional (art. 125.º). Como veremos mais detalhadamente no último capítulo do presente relatório, os TAR apresentam-se como órgão geral de Justiça Administrativa de primeiro grau, enquanto o Conselho de Estado passou a exercer funções de segundo grau; além disso, a sua competência exclusiva vê-se alargada, face às anteriores GPA.

15. (cont.) A Constituição Italiana de 1948 e a Justiça Administrativa (23)

Finalmente, neste excurso histórico, importa referir, ainda que muito abreviadamente, o contributo que a Constituição Italiana de 1 de Janeiro de 1948 trouxe à cristalização da evolução histórica que acabamos de traçar, e ao aperfeiçoamento dos mecanismos de defesa das posições jurídicas dos particulares.

Antes de mais, há que referir o princípio da tutela jurisdicional das posições subjectivas dos particulares, no art. 24.º, no qual se colocam no mesmo plano a acção processual civil (direito de acção) e a acção processual administrativa (direito de recurso) (24).

Em segundo lugar, e nos termos daquele mesmo art.24.º, e também do art. 113.º, conclui-se que a Administração perdeu qualquer privilégio ou isenção como entidade demandada. Como refere SANDULLI, «*deste modo se opôs um sólido obstáculo a um sistema legislativo de privilégio do qual se abusou frequentemente num passado ainda recente*» (25).

(23) Sobre esta questão vejam-se, em particular: BACHELET, «La Giustizia...» (monografia); SANDULLI, «Manuale...», 806-808, 916-921; NIGRO, «Giustizia...» 101-108, 238-244; CAPACCILOLO, «Unità...», 390-392; VIRGA, «La Tutela...», 13-14.

(24) Neste sentido cfr. VIRGA, «La Tutela...», 209.

(25) SANDULLI, «Manuale...», p. 806. Veja-se também NIGRO, «Giustizia...» 106-108; ZANOBINI, «Corso...», II, 145, refere alguns exemplos de isenção da Administração.

Por outro lado, e destas mesmas normas, pode-se concluir que a presente Constituição confirma a distinção entre direitos subjectivos e interesses legítimos.

Em quarto lugar, e decorrendo ainda dos preceitos referenciados, bem como dos arts. 102.º e 103.º, conclui-se pela existência de duas jurisdições, comum e administrativa, cabendo a esta conhecer da lesão de interesses legítimos e, em certos casos especiais (especialmente para os casos de *«pubblico impiego»*), de direitos subjectivos. Daqui resulta ainda a reafirmação implícita, mas clara ou «indubitável», como refere NIGRO, que juiz dos direitos subjectivos é o juiz ordinário.

Por último, note-se que, muito embora no art. 102.º (§ 2.º) se profiba a criação de novos tribunais especiais (ainda que não de secções especializadas nos tribunais judiciais) ⁽²⁶⁾, quer o art. 103.º, quer a VI disposição final e transitória consagram a existência do Conselho de Estado como órgão jurisdiccional, bem como do Tribunal de Contas e dos Tribunais Militares, para além de outros. A manutenção destes outros Tribunais ficou, porém, dependente da verificação da sua conformação aos princípios constitucionais da independência dos juizes (arts. 101.º e 108.º CRI) e da sua inamovibilidade (art. 25.º CRI) e do direito de defesa e da existência de um processo contraditório (art. 24.º CRI), garantindo-se, deste modo, a sua independência e imparcialidade face às partes ⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Como refere COSTA, «Manuale...», p. 77, o legislador constituinte pretendeu *«pelo menos travar a tendência para criar novas jurisdições especiais, as quais, em alguns momentos, chegaram a superar as três centenas»*.

⁽²⁷⁾ Sobre a conjugação entre as normas dos artigos 102, § 2º (proibição de tribunais especiais contra a autorização de secções especializadas) e 103º e 113º (consagração da Jurisdição Administrativa), CAPACCIOLI, «Unità...», 391-392. Quanto à caracterização das secções especializadas, cfr. SANDULLI, «Manuale...», 917; NIGRO, «Giustizia...», 104-105.

CAPÍTULO IV

FORMAS DE TUTELA DAS POSIÇÕES JURÍDICAS DOS CIDADÃOS

1. Generalidades

O ordenamento jurídico italiano oferece aos particulares nele enquadrados inúmeras formas de estes serem garantidos os seus direitos em sentido latíssimo, ou interesses materiais: garantias administrativas «lato sensu», procedimentos previstos no sistema jurídico transalpino para, por meios políticos, graciosos ou contenciosos, impedirem a realização de actos administrativos ilegais ou inoportunos ou a consumação daqueles que entretanto tenham adquirido definitividade e executoriedade.

Um estudo muito sumário destas garantias administrativas em sentido lato — necessário para melhor compreensão do enquadramento da Justiça Administrativa nos diversos mecanismos de garantia existentes — conduz-nos, desde já, a uma distinção importante entre meios de garantia administrativa, em sentido restrito e Justiça Administrativa. É nesta perspectiva que alinharemos as considerações seguintes.

16 Meios de Garantia Administrativa em Sentido Restrito: Controlos Subjectivo e Objectivo

A ordem jurídica italiana, como já se referiu, prevê e consagra diversos instrumentos destinados a evitar a produção de actos administrativos viciados na legalidade ou no mérito, os quais se traduzem em formas de controlo sobre os actos e a actividade da Administração Pública — controlo objectivo — e sobre os sujeitos — controlo subjectivo.

Para além das formas de controlo subjectivo sobre os funcionários e agentes da Administração, manifestadas nos diversos meios de responsabilização daqueles pela forma como desempenham as atribuições que lhes são conferidas pela lei ou confiadas pela estrutura hierárquica na qual se integram, encontramos importantes formas de controlo subjectivo sobre os órgãos da Administração. De entre estes, ressalta a inspecção política ⁽¹⁾ do Parlamento sobre a actividade governativa e administrativa do Executivo, manifestada, quer na possibilidade da constituição de comissões de inquérito «com os mesmos poderes e limitações da autoridade judiciária» (CRI, art.º 82.º), quer, em termos mais gerais, pela faculdade constitucional (art.º 94) de definir as directivas político-administrativas («*indirizzo politico*») de actuação do Governo, no momento em que lhe manifesta a sua confiança ⁽²⁾.

Enquadrado, ainda, no controlo subjectivo, e paralelamente a estas formas de inspecção política, encontramos o chamado controlo substitutivo ⁽³⁾, em casos especiais resultantes do interesse público e quando ocorra a violação de obrigações impostas por lei à Administração. Este instituto consiste na nomeação de comissários em substituição de órgãos locais, «*ou na emanação de actos pelo órgão controlante, onde e sempre que o órgão controlado não actue*» ⁽⁴⁾.

Por outro lado, e considerando, agora, as manifestações de controlo objectivo, cabe enunciar o controlo sobre a gestão dos órgãos da Administração Pública e o controlo sobre os actos desta. Quanto ao controlo sobre a gestão dos órgãos da Administração, é de referir que ele é sempre sucessivo, não

(1) As formas de inspecção política, aparentemente deslocadas neste breve excurso, apresentam, todavia, especial destaque, na medida em que, como refere GUICCIARDI («*Giustizia...*», p. 8), a generalidade das atribuições do Estado e o seu carácter institucional conduzem a que «*a falta ou o insuficiente desenvolvimento dos fins fundamentais por partes dos órgãos de governo dificilmente pode ser imposta senão através da responsabilidade política destes face ao Parlamento; não tanto assim para os entes públicos menores que, frequentemente, na prossecução dos seus fins podem ser constringidos pelo Estado mediante as várias formas de controlo substitutivo*».

(2) De menor importância, mas, ainda, enquadráveis no controlo subjectivo sobre os órgãos de Estado, são de referir as prerrogativas funcionais inspectivas do Governo sobre os entes económicos públicos e do Presidente da República e do Governo sobre os Conselhos Regionais e destes e dos Conselhos Provinciais sobre as Juntas Provinciais.

(3) A este propósito, LAVAGNA, «*Istituzioni...*», p. 817 e 942-43.

(4) *Idem*, *ibidem*, p. 817.

podendo, por isso, evitar ou eliminar vícios presentes, mas tão somente aqueles que se apresentam como potenciais ou meramente possíveis. Esta forma de controlo realiza-se, essencialmente, através do conhecimento pelo agente inspectivo de eventuais irregularidades praticadas pelas chefias dos órgãos controlados, especialmente aquando do desrespeito das directivas de interesse público sobre eles pendentes e ganha relevância prática quando, no futuro, houver que definir novas e mais eficazes orientações para os órgãos da Administração.

No âmbito, ainda, do controlo objectivo da Administração Pública conhecemos também o controlo sobre os actos, o qual é presente e tende a evitar, contemporaneamente, a emanção de actos administrativos viciados ou a produção de efeitos de actos administrativos nessas condições. Assim, o controlo objectivo sobre os actos visa eliminar ou evitar os vícios dos actos administrativos — sanação ⁽⁵⁾ e controlo administrativo em sentido restrito ⁽⁶⁾ — ou, ainda, modificar ou eliminar o acto administrativo viciado, produtor de efeitos porque definitivo e executório. Enquanto que ao primeiro caso podemos referenciar o instituto da auto-tutela (o controlo que a própria Administração opera sobre as providências administrativas que produz, para evitar que as mesmas violem a lei, desrespeitem o interesse público ou excedam os seus poderes discricionários), ao segundo reconduzem-se as formas graciosa e jurisdicional de Garantia Administrativa em sentido lato — a chamada Justiça Administrativa, que estudaremos de seguida.

(5) A sanação incide sobre actos administrativos definitivos e executórios, ainda que susceptíveis de anulação por via de posterior recurso, produzindo somente efeitos *ex tunc*, ao contrário do que se passa com os institutos da Justiça Administrativa. São formas de sanação a *convalidação*, a *ratificação*, a *integração tardia*, a *convalescença*, e a *conversão*. Cfr., a este propósito, LAVAGNA, op. cit., pp. 818-819.

(6) O controlo administrativo em sentido restrito verifica-se sempre, no decurso da formação do acto administrativo, na sua fase preparatória — preventivo — ou após a perfeição do acto administrativo, mas antes que lhe seja atribuída eficácia — sucessivo. Neste sentido, LAVAGNA, idem, ibidem; GUICCIARDI, «La Giustizia...», p. 83. Parte da doutrina, todavia, chama *controlo sucessivo* àquele que se produz, não tal como ficou esclarecido, mas àquele que se exerce sobre os actos perfeitamente eficazes. Segundo a opinião dos autores mencionados, parecerá mais correcta a classificação referida inicialmente, qualificando então esta última e derradeira forma de conhecimento dos vícios dos actos administrativos como *controlo repressivo*, já que, verdadeiramente, não condiciona a formação e eficácia do acto, mas somente a sua realização material.

3. Justiça Administrativa: Caracterização.

Para além dos mecanismos de Garantia Administrativa em sentido restrito acabados de referir, a ordem jurídica italiana concebeu e realizou inúmeras outras formas de protecção das situações jurídicas subjectivas, as quais se incluem na formulação sugestiva de «Justiça Administrativa», cujos origem, conteúdo e objectivos enunciámos no primeiro capítulo deste trabalho. Aquelas diferentes formas resultam, quer da diferente consideração da via de reclamação utilizada pelo particular contra os actos da Administração Pública por ele considerados atentatórios dos seus interesses materiais (via graciosa ou dos recursos administrativos e via contenciosa ou jurisdicional), quer da distinção legal entre direitos subjectivos e interesses legítimos como base de processos jurisdicionais diversos (via jurisdicional comum, via jurisdicional administrativa e vias jurisdicionais especiais). De comum a todas estas manifestações de Justiça Administrativa encontramos a pré-existência de um acto administrativo ilegal ou inoportuno, a violação de uma situação jurídica subjectiva e tutelada dos administrados e, concomitantemente com esta, um interesse em recorrer (7).

Neste quadro geral, e considerando que dedicaremos o último capítulo deste relatório ao estudo dos meios jurisdicionais de Justiça Administrativa como se nos apresentam na actualidade, importará referir, sumariamente, as várias modalidades de Justiça Administrativa — auto-controlo, recurso administrativo, via jurisdicional comum e via jurisdicional administrativa — dando algum relevo àquelas que não apresentam carácter jurisdicional (8). Para tal distinguiremos, acompanhando a classificação que nos é oferecida por NIGRO, entre os remé-

(7) Importará referir que este interesse em recorrer, ou interesse no recurso tem de ser específico, actual e directo, sob pena da sua inadmissibilidade, fazendo coincidir dinamicamente o interesse protegido, lesado por um acto administrativo, e o interesse em recorrer, reacção do destinatário a esse acto administrativo com vista à sua superação.

(8) Outras classificações ou designações poderiam ser utilizadas. De entre estas relevam: a de BENVENUTTI, que distingue a autotutela, a *autotutela contenziosa*, a *tutela diretta dei rapporti* e a *tutela indiretta dei rapporti*; a de NIGRO, que opõe os *remédios administrativos* aos *remédios jurisdicionais*, e inclui naquela os *rimedi rinovatori* e os *rimedi eliminatori*; a de LAVAGNA entre *autocontrole*, *controle contencioso* e *controle jurisdicional*; a de ZANOBINI, que se refere aos *procedimentos* administrativos e jurisdicionais e à *tutela* administrativa e jurisdicional, indiferenciadamente.

dios administrativos e os remédios jurisdicionais que, como já será escusado sublinhar, têm, em comum, o intuito de proteger os interesses materiais dos particulares ⁽⁹⁾.

4. Justiça Administrativa: Remédios Administrativos

Os Remédios Administrativos caracterizam-se, negativamente, por se fundarem em procedimentos não jurisdicionais em que a Administração actua «numa função justicional ou para-jurisdicional coerente com a sua posição de imparcialidade» ⁽¹⁰⁾ (art.97º da CRI).

Retomando a enunciação atrás esboçada cabe estudar, no âmbito dos remédios administrativos, duas formas de garantia dos interesses dos particulares: as formas de auto-controlo da Administração e o Recurso Administrativo. Começaremos pela primeira.

5. (cont.) Auto-Controlo Administrativo

O auto-controlo administrativo, porquanto espécie do género Justiça Administrativa enquadrada nas diversas formas de auto-tutela administrativa, tem em vista, considerado o interesse público actual ⁽¹¹⁾, garantir os interesses dos par-

⁽⁹⁾ VIRGA, «La Tutela...», p. 53: «A tutela do cidadão nos confrontos com a Administração Pública faz-se quer por via administrativa quer por via jurisdicional. Característica comum às duas formas de tutela é a de terem como finalidade a salvaguarda das posições jurídicas activas (direitos subjectivos ou interesses legítimos) do cidadão».

⁽¹⁰⁾ NIGRO, «Giustizia...», p. 155.

⁽¹¹⁾ BENVENUTI e LAVAGNA são claros quanto à decisividade do interesse público na decisão da Administração. Diz, a este propósito, BENVENUTI, «Appunti...», p. 152-153: «*Note-se, no entanto, que para proceder à anulação ou à revogação de um acto administrativo [provvedimento] pela via da auto-tutela espontânea [designação que, na terminologia de BENVENUTI, corresponde ao que referenciamos por auto-controlo] não basta a subsistência de um vício de legalidade ou de mérito originário, mas é necessária a subsistência de um interesse público actual na eliminação do acto.*» Mais claro e peremptório se nos apresenta LAVAGNA, «Istituzioni...», p. 825: «*O auto-controlo, que se reconduz ao princípio geral da auto-tutela administrativa (...), pressupõe duas circunstâncias essenciais: (...) 2) que o novo acto administrativo,*

ticulares de acordo com o princípio *re melius perpensa*. Nesta medida se distinguem os actos administrativos praticados no seu âmbito daqueloutros, aparentemente semelhantes, com que a Administração Pública actua para modificar actos anteriores tendo em vista reajustá-los a novas situações ou a uma nova consideração do interesse público. Neste último caso encontramos como tipos de actos administrativos praticados a modificação, a remoção («*remozione*»), a revogação e a abrogação, enquanto que no auto-controlo os actos típicos são (e utilizamos as designações italianas porque sugestivas) o *ritiro*, a *revoca* e o *annullamento*, aqueles com efeitos *ex nunc* e estes com consequências *ex tunc*. A semelhança e alguma eventual confusão entre estas duas vertentes da actividade da Administração devem-se ao facto de em ambos os casos ser o órgão ou entidade da Administração Pública que praticou o acto administrativo inicial (no caso que nos ocupa, viciado na legalidade ou mérito e, por isso, violador de interesses protegidos) quem recebe a interpelação do particular e produz o novo acto administrativo, querendo.

Finalmente, e como característica ainda do sistema de auto-controlo, importa sublinhar que ele é desencadeado por uma mera solicitação de facto ou interpelação do interessado, sem forma ou finalidade contenciosa, actuando a Administração voluntária e não coactivamente por qualquer decisão que lhe seja estranha. ⁽¹²⁾. Deste modo, não são formas de auto-controlo as decisões da Administração Pública que reformam um acto administrativo viciado como resultado de sentença proferida em recurso contencioso contra o acto impugnado. Os meios de auto-controlo, especialmente o «*annullamento*», distinguem-se,

dirigido a eliminar os vícios existentes, sirva efectivamente para prossecução de um interesse público actual, condição da própria actividade da Administração. Se tal interesse não subsiste, a Administração Pública não está obrigada a eliminar ou modificar o acto viciado, para contemplar uma simples exigência de legalidade (que para a Administração Pública é uma exigência puramente instrumental); deste modo, se o interesse público impões a manutenção de um acto, ainda que viciado (...), então a sua eliminação ou modificação deve considerar-se, mesmo, verdade, concedendo-se aos interessados a possibilidade de se insurgirem para tutelar as situações jurídicas entretanto consolidadas.»

⁽¹²⁾ Importa referir, a propósito, que as formas interpelativas dos particulares, face à Administração Pública, sem carácter de contenciosidade, não se esgotam nas solicitações de facto próprias do auto-controlo. Ao contrário, este não se verifica nos casos de oposição e participação consentidas aos particulares no decurso de alguns procedimentos administrativos, como seja, entre outros, a elaboração e definição de planos urbanísticos, «*na medida em que estes, à parte o seu valor jurídico, são iniciativas de cooperação na formação do acto de primeiro grau e não de revisão ou reexame do mesmo*». (NIGRO, «Giustizia...», p. 155).

finalmente, do Recurso Administrativo, particularmente do Recurso Hierárquico, por o agente recorrido não se encontrar condicionado na sua decisão pelo que constar da petição, podendo decidir «*ultra petita*».

Conhecido o enquadramento, podemos agora esclarecer as três formas típicas do auto-controlo:

- a) «*Ritiro*», caracterizado por ser uma declaração da Administração destinada a remover um acto já emanado, mas ainda não executório, realizando-se, portanto, ainda na fase constitutiva do processo e conhecendo de actos viciados na legalidade ou no mérito.
- b) «*Revoca*» que, ao contrário do instituto anterior, pressupõe a existência de um acto definitivo e executório e que se define por ser o acto administrativo «*pelo qual a Administração Pública elimina (no todo ou em parte) um procedimento anterior com base numa valoração diversa da sua oportunidade*» ⁽¹³⁾ — examina e supera vícios de mérito.
- c) «*Annulamento*» que, por sua vez, conhece de actos ilegais e se traduz na eliminação pela Administração Pública, no todo ou em parte, de actos administrativos anteriores perfeitos e operantes, cabendo tal decisão, normalmente, ao superior hierárquico.

Em suma, o «*ritiro*» opera sobre actos administrativos já emanados mas ainda não executórios, viciados na legalidade ou no mérito, enquanto que a «*revoca*» e o «*annulamento*» incidem sobre actos administrativos definitivos e executórios «*perfeitos e operantes*», como se lhes refere a doutrina italiana, produtores de efeitos jurídicos, com a diferença de que o primeiro tem por objecto actos viciados no mérito e o segundo actos viciados na sua legitimidade.

6. (cont.) Recursos Administrativos

Ainda no âmbito dos Remédios Administrativos, importa estudar as várias formas de recursos administrativos (D.P.R. de 24 de Novembro de 1971,

⁽¹³⁾ LAVAGNA, «Istituzioni...», p. 826. Neste mesmo sentido veja-se CAPACCIOLI, «Unità...», p. 399, que refere que a mais moderna terminologia técnica distingue a anulação da revogação pela primeira versar questões de legalidade e a segunda se reportar ao «*ritiro*' do acto por motivos de mérito, seguramente estranhos à competência da autoridade judiciária» (p. 399).

n.º 1199) ⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾ conhecidos pelo ordenamento jurídico italiano, a saber: oposição, recurso hierárquico próprio e *impróprio*, *recurso ao Governo* e *recurso extraordinário ao Chefe de Estado* ⁽¹⁶⁾. De comum a todas estas modalidades de protecção dos interesses materiais dos particulares encontramos a sua forma contenciosa, ainda que não jurisdicional, manifestada na pré-existência necessária de um recurso apresentado por uma pessoa singular ou colectiva que detenha um interesse no recurso, na realização de um processo contraditório (ao qual são chamados, para além do interessado no recurso e a Administração, os eventuais contra-interessados) e de um processo instrutório sob a forma inquisitória, na irrevogabilidade da decisão, salvo no que toca a posteriores impugnações ⁽¹⁷⁾ e na obrigação de a Administração decidir sobre o recur-

⁽¹⁴⁾ Para uma exposição mais circunstanciada e crítica do instituto em referência, v. ALFONSO QUARANTA e GIUSEPPE GRASSO, «I Ricorsi...»; BENVENUTI, «Appunti...», p. 235-251; GUICCIARDI, «La Giustizia...», 99-160; NIGRO, «Giustizia...», p. 156-160; VIRGA, «La Tutela...», p. 51-100; SANDULLI, «Ricorso...»; ZANOBINI, «Corso... II», p. 55-115; LAVAGNA, «Istituzioni...», p. 827-833; AMARAL, «Conceito...».

⁽¹⁵⁾ Quanto à distinção entre recurso administrativo e auto-controlo, cfr. BENVENUTI, «Autotutela...», p. 537.

⁽¹⁶⁾ NIGRO propõe, *op. cit.*, *loc. cit.*, em substituição da classificação reproduzida e que se apresenta como a mais comum na doutrina e aquela que é adoptada no texto legal em vigor, que se destinga entre «*rimedi rinovatori*» — os quais visam o reexame do acto administrativo de acordo, ainda, com o interesse da Administração fundado no princípio *re melius perpensa* — e os «*rimedi eliminatori*» — que se caracterizariam por ser um conhecimento do acto em causa por parte de um órgão independente da Administração Pública tendo em vista a sua confirmação ou eliminação. Todavia, e em última análise, este autor acaba por reconduzir esta sua posição à terminologia dominante: ao primeiro tipo de remédio corresponderiam a oposição e o recurso hierárquico, e ao segundo o recurso hierárquico impróprio, o recurso ao Chefe de Estado e, pela mesma ordem de considerações, o recurso ao Governo. Posição semelhante é, aliás, defendida por SANDULLI, «Ricorso...», p. 975.

⁽¹⁷⁾ Diversamente, BENVENUTI que defende estarmos perante uma decisão (e não uma sentença) e que, por isso, em sede de auto-controlo o acto poderia ser anulado ou revogado, excepto nos casos de recurso hierárquico impróprio porque aqui o que decide sofre, naturalmente, de incompetência para decidir sobre estas matérias.

so ⁽¹⁸⁾ esclarecendo a motivação da sua decisão. Relevam, ainda, na caracterização dos recursos administrativos, o facto de estes estarem condicionados pelo objecto do pedido do particular, pelo acto de iniciativa dever ter lugar no prazo de cento e vinte ou trinta dias sobre a notificação ao particular da providência recorrida, consoante se trate de recurso extraordinário ao Chefe de Estado ou de qualquer outro dos tipos enunciados, e o facto de a pendência de um recurso não suspender necessariamente os efeitos do acto impugnado, salvo quando, *ex officio*, a Administração Pública decide em contrário, apresentando-se, simultaneamente, como parte e juiz. Objecto do recurso administrativo é sempre um acto administrativo em sentido material e formal que origine um conflito actual, muito embora só no caso de recurso extraordinário ao Chefe de Estado o acto impugnado seja já definitivo e executório porque, como veremos adiante, este meio de protecção dos particulares se apresenta como alternativa ao recurso contencioso.

Refira-se, finalmente, um aspecto que se prende com o relevo fundamental e decisivo que o interesse público detém no conjunto dos recursos administrativos, referido quer por BENEVENUTI, quer por VIRGA, entre outros, afirmando o primeiro que, em rigor, são ainda formas de auto-tutela porque esta «*é concebida para satisfazer o interesse da própria Administração 'decidente' e se desenvolve no âmbito da sua organização*» ⁽¹⁹⁾. Refira-se ainda que

⁽¹⁸⁾ A inércia da Administração face a um recurso anterior, decorrido o prazo de noventa dias (art. 6.º, lei n.º 1199), é prefigurada na doutrina e na lei como um «procedimento negativo» ou «*silenzio-rigetto*» da Administração (LAVAGNA, «Istituzioni...», p. 832-833; NIGRO, «Giustizia...», p. 158-160; BENEVENUTI, «Appunti...», p. 242-243) abrindo-se ao particular a via do recurso contencioso ou do recurso extraordinário ao Chefe de Estado — do acto que foi objecto do recurso, naturalmente, e não do comportamento de facto em que se traduz o silêncio — uma vez que o silêncio produz os mesmos efeitos que uma decisão negativa. De tal modo assim é que a Adunanza Plenaria, em 7 de Fevereiro de 1978, veio afirmar que o acto administrativo posterior que recuse o pedido é um mero acto confirmativo do acto tácito de indeferimento. Por outro lado, o acto da Administração que, após o decurso do tempo de decisão, venha acolher a pretensão é susceptível de recurso pelo contra-interessado lesado pela decisão, com base em revogação ilegítima de decisão silenciosa porque o acto administrativo «*emanado posteriormente à formação do 'silenzio-rigetto' não pode considerar-se adoptado no exercício do poder decisório, que se consumou depois do decurso do referido periodo de tempo.*» (VIRGA, «La Tutela...», p. 72), pelo que esta nova decisão não reabre, sequer, o prazo para interposição do recurso.

⁽¹⁹⁾ BENEVENUTI, «Appunti...», p. 245. v. ainda VIRGA, «La Tutela...», p. 53 ss. A vertente diversa de consideração do interesse público ficou referida anteriormente, especialmente nas citações feitas na nota (11) deste capítulo.

os recursos administrativos podem ser utilizados pelo particular «*não só para os casos de ilegalidade ou de inoportunidade de uma providência, mas também quando se entende que esta seja nula (ou radicalmente inválida) e portanto não só lesiva de um interesse legítimo mas também de um direito subjectivo*» (20).

Caracterizados genericamente os recursos administrativos, convirá esclarecer, seguidamente, cada uma das suas formas.

7. (cont.) Oposição

A Oposição consiste num recurso interposto perante a autoridade administrativa que praticou o acto recorrido, nos casos taxativamente previstos na lei. Confrontada com o recurso, a Administração nuns casos deverá decidir imediatamente sobre o pedido, enquanto que em outros deverá solicitar um parecer a uma terceira entidade. Sendo este parecer vinculativo, há quem encontre nesta segunda modalidade de resposta à oposição uma forma atípica de recurso hierárquico impróprio, como se verá adiante. São poucas as questões sujeitas ao instituto de oposição, mas de entre elas contam-se as controvérsias suscitadas em matérias de redução dos preços de contratos em empreitadas de obras públicas (21).

8. (cont.) Recurso Hierárquico

Já o recurso hierárquico, pelo contrário, não se apresenta como um meio excepcional para os casos taxativamente previstos na lei, mas como a modalidade comum de impugnação, aliás já prevista no art. 3.º da lei de 1865, consis-

(20) BENVENUTI, op. cit., p. 246. Neste mesmo sentido parece dirigir-se VIRGA, op. cit., p. 62, ainda que referindo-se exclusivamente ao recurso hierárquico, nos seguintes termos: «(...) não tem qualquer relevância, para efeito de introdução do recurso hierárquico, a discriminação entre direitos subjectivos e interesses legítimos e o recurso hierárquico pode ser proposto também relativamente a matérias que, em sede jurisdicional, fazem parte da competência exclusiva (para a qual se prescinde da distinção entre direitos subjectivos e interesses legítimos)».

(21) GUICCIARDI, «La Giustizia...», p. 103, refere alguns dos casos especialmente previstos na lei (cerca de vinte e cinco, na altura em que escreveu esta sua monografia).

tindo no «recurso a uma autoridade administrativa superior ou, pelo menos, diversa daquela da qual emanou o acto, distinguindo-se, por isso, em próprio e impróprio» (22)

O recurso hierárquico próprio é o mecanismo geral previsto para os particulares, por via contenciosa, suscitarem nos órgãos da Administração Pública a «renovação» (23) de actos administrativos viciados. Mecanismo geral, só não é utilizável quando a lei determine o contrário, prevendo, então, outras formas de impugnação, ou quando o inferior hierárquico actue de acordo com ordem expressa do seu superior, limitando a sua actividade a procedimentos de execução de uma vontade que não é a sua e de uma consideração do interesse público que não lhe pertence — caso substancialmente diferente do instituto da delegação de poderes.

Ao invés, o recurso hierárquico impróprio (24) é uma forma residual de recurso, prevista expressamente na lei sempre que do acto recorrido não caiba qualquer outra forma de recurso e caracteriza-se por a entidade que decide da pretensão do particular não se encontrar numa relação hierárquica típica face à entidade recorrida, mas com ela manter relações de «proeminência», na expressão da doutrina italiana, ou de supervisão («poderes de supervisor» (25)), como prefere a doutrina portuguesa. Exemplo típico deste instituto é o que ocorre aquando dos recursos à Administração Central por actos praticados pela Administração Local. A diferença entre o recurso hierárquico impróprio e a oposição dependente de parecer vinculativo de terceira entidade reside, precisamente, na circunstância de no primeiro haver uma relação de subordinação, ainda que atípica e mitigada, enquanto que na segunda tal relação não se verifica absolutamente.

(22) LAVAGNA, «Istituzioni...», p. 828.

(23) Conceito utilizado por parte da doutrina italiana para definir o conteúdo das decisões da autoridade administrativa recorrida e que haja acolhido o pedido do recorrente, em oposição ao resultado do recurso jurisdicional (e de alguns tipos de recurso administrativo, como vimos), que é caracterizado pela sua vertente eliminatória de actos administrativos viciados na legalidade ou no mérito. Remédios renovadores e remédios eliminadores são, assim, duas outras formas possíveis de designar os recursos administrativos e os recursos jurisdicionais, de um ponto de vista dos efeitos produzidos pelo acolhimento da pretensão do autor do recurso.

(24) V., por todos, JARICI, «Il Ricorso...».

(25) FREITAS DO AMARAL, «Direito...», III, p. 364, e «Conceito...», p. 117, onde se identificam estes poderes como «poderes de superintendência».

9. (cont.) Recurso Hierárquico. Limites. Suas Relações com o Recurso Jurisdicional. Relação entre Remédios Administrativos e Jurisdicionais.

A doutrina italiana vem, crescentemente, desconsiderando a importância e questionando a própria existência do recurso hierárquico. Este facto deve-se a duas ordens de razões. Em primeiro lugar, e de um ponto de vista prático, apresenta-se desconforme com a nova fisionomia descentralizada da organização público-administrativa italiana, originada pela criação das Regiões Administrativas, e com a publicação e entrada em vigor da lei da descentralização administrativa⁽²⁶⁾. Em segundo lugar, e de um ponto de vista jurídico, foi levantada a questão da inconstitucionalidade do recurso hierárquico como requisito, pressuposto, condição ou limite da tutela jurisdicional (CRI, art. 103º), tendo a «*Adunanza Plenaria*» recusado a necessidade de o procedimento jurisdicional ser antecedido desta via para conferir definitividade ao acto administrativo objecto do recurso aos tribunais. Deste modo, o recurso hierárquico passou a ser entendido, desde 2 de Fevereiro de 1978, como facultativo e subordinado ao recurso jurisdicional⁽²⁷⁾, como já decorreria, ainda que imperfeitamente, do art. 20º da LTAR. Em suma, e ao contrário do que se passou até então, em que existia uma relação de prejudicialidade necessária entre o recurso hierárquico e o recurso jurisdicional, agora deparamos com uma relação de prejudicialidade facultativa. Mais. De acordo com a citada sentença foi estabelecido o princípio da prevalência do recurso jurisdicional manifestado no facto de, uma vez proposto este, ficar precludida a interposição de recurso hierárquico, não sendo a inversa verdadeira. Finalmente, outra questão ainda que se prende com a relação entre remédios administrativos e remédios jurisdicionais é a que diz respeito à possibilidade de alteração dos fundamentos do recurso hierárquico aquando da interposição do recurso jurisdicional. Muito embora a IV e a VI secções do Conselho de Estado se tenham pronunciado pela improponibilidade de recursos jurisdicionais com base em fundamentos diversos de prévio recurso

(26) Por todos, v. NIGRO, «Giustizia...», p. 156.

(27) Ficaram, deste modo, prejudicadas as teses que em Itália consideravam necessário que o recurso jurisdicional tivesse por base um «provvedimento definitivo» e que encontraram notícia em Portugal na obra de FEZAS VITAL «Garantias...», a pp. 120-121, a qual neste particular se encontra já desactualizada.

(28) CdS, IV Secção, 27/5/76, n.º 29 e VI Secção, 28/4/78, n.º 512.

hierárquico, a doutrina (NIGRO, PONTICELLI ⁽²⁹⁾) vem contrariar esta conclusão afirmando que ela só se justificaria se o recurso jurisdicional fosse um verdadeiro e próprio *revisio prioris instantiae* — um juízo de segundo grau — i.e., se entre aqueles dois remédios existisse uma relação de prejudicialidade necessária e não facultativa, como se esclareceu ser a situação presente.

Estes factos, para além de conferirem um mais claro conteúdo à garantia constitucional da recorribilidade jurisdicional dos actos administrativos, parecem indicar uma quebra na presunção de que a Administração Pública actuaria sempre em conformidade com o interesse público e de acordo com a lei, só não o fazendo em casos não deliberados, pelo que um procedimento interno, mesmo sob forma contenciosa, bastaria para eliminar quaisquer eventuais vícios dos actos administrativos. A abertura da tutela jurisdicional aos actos da Administração sem distinção parece esclarecer ou afirmar, por um lado, um certo cepticismo do legislador quanto ao modo de actuação da Administração, assumindo que os procedimentos internos desta não resolvem os possíveis vícios dos actos administrativos, e, por outro lado, que o recurso hierárquico obrigatório, como pressuposto da tutela jurisdicional, contribui fundamentalmente para o retardamento da Justiça ⁽³⁰⁾.

10. (cont.) Recurso ao Governo

O recurso ao Governo, considerado pela maioria da doutrina italiana como espécie do recurso hierárquico impróprio, destina-se a impugnar, nos casos expressamente previstos na lei, os actos dos Ministros não impugnáveis por outra forma, dada a falta de sujeição hierárquica e a sua natural definitividade.

⁽²⁹⁾ Por todos, NIGRO, op. cit., p. 160, onde se esclarecem detalhadamente as mais recentes contribuições da doutrina transalpina sobre esta matéria.

⁽³⁰⁾ Contribui decisivamente para este raciocínio o facto de a Administração ter como fim principal a realização do interesse público e como fim instrumental (LAVAGNA) uma exigência de legalidade, não obedecendo, por isso, na apreciação dos recursos que lhe são dirigidos, a critérios de legalidade mas ainda à necessidade de realizar expeditamente o interesse público.

11. (cont.) Recurso Extraordinário ao Chefe de Estado

Finalmente, o recurso extraordinário ao Chefe de Estado (D.P.R. de 24/11/1971, n.º 1199, arts. 8.º e ss.) «*é um remédio geral contra todos os actos insusceptíveis de outro gravame administrativo*»⁽³¹⁾. «Este recurso é denominado extraordinário não já no sentido de recurso excepcional, mas na asserção de que só pode ser proposto quando já não seja possível o recurso hierárquico»⁽³²⁾ e pelo facto de se apresentar como uma forma de tutela alternativa ao recurso jurisdicional (para este efeito considerado recurso ordinário — decisão de 1966 do Tribunal da Cassação que, de acordo com o princípio *electa una via non datur cursus ad alteram* conclui neste sentido, apoiado, aliás, no facto de esta ser uma via voluntária, não imposta por lei,⁽³³⁾ resolvendo deste modo algumas possíveis críticas quanto à constitucionalidade desta decisão (art. 113.º CRI, no qual se consagra sem reservas a tutela jurisdicional das posições jurídicas subjectivas).

Importa, ainda, esclarecer que o recurso extraordinário ao Chefe de Estado, ao contrário das demais formas de recurso, só é admitido por motivos de legalidade — excluindo-se, portanto, as razões de mérito — contra «actos administrativos definitivos» (arts. 1.º e 8.º da lei 1199) e implica a identificação e notificação obrigatórias, pelo recorrente, aos contra-interessados, sob pena de inadmissibilidade do recurso (no que difere do recurso hierárquico, em que a notificação é facultativa e realizada, supletivamente, pelo órgão recorrido. Destas três características resulta, de acordo com a doutrina italiana e no plano da disciplina jurídica vigente, uma especial relação de paralelismo entre esta forma de defesa dos direitos dos particulares e o recurso jurisdicional⁽³⁴⁾, não

⁽³¹⁾ LAVAGNA, op. cit., p. 829.

⁽³²⁾ VIRGA, op. cit., p. 79.

⁽³³⁾ A doutrina tem entendido que «*na hipótese em que o recurso extraordinário tenha sido proposto com vista à tutela de um direito subjectivo, a decisão sobre o recurso não preclui a acção diante da autoridade judiciária ordinária. O princípio da alternativa encontra aplicação somente na relação entre recurso à jurisdição administrativa e recurso extraordinário e não respeita às demais formas de tutela jurisdicional (...). O recurso extraordinário torna-se improcedente logo que sobrevenha uma sentença do juiz ordinário*» — P. VIRGA, op. cit., p. 81 e nota 8 onde, igualmente, se pode encontrar a indicação das principais monografias sobre esta questão. Por todos, BOSCO, «Natura e Fundamento...».

⁽³⁴⁾ BENVENUTI, ao invés, defende estarmos aqui perante uma forma de auto-tutela política («Appunti...», p. 250).

obstante a natureza claramente administrativa daquele. Pode ser utilizado para a tutela quer de direitos subjectivos, quer de interesses legítimos.

Finalmente, há que referir três breves notas: em primeiro lugar, o recurso extraordinário ao Chefe de Estado — cujas reminiscências encontramos na concentração de poderes na pessoa do monarca absoluto — é um acto próprio do Chefe de estado, ainda que emitido sob proposta do Ministro competente em razão do objecto do recurso e com garantias e um procedimento particulares. Por outro lado, aos contra-interessados continua aberta a via do recurso extraordinário ao Chefe de Estado por se entender que aquele oferece maiores garantias aos particulares dando-se, deste modo, uma transposição do recurso para o juiz administrativo ou ordinário. Em terceiro lugar, do decreto do Presidente da República que contém a decisão sobre o recurso só cabe impugnação por razões meramente processuais.

12. Justiça Administrativa. Remédios Jurisdicionais.

A tutela jurisdicional das posições jurídicas dos particulares realiza-se, conjuntamente, ainda que não indiscriminadamente, nos tribunais judiciais e nos tribunais administrativos. A distribuição de competências entre estes não foi pacífica, tem suscitado profundas controvérsias na doutrina e algumas incertezas na jurisprudência. O critério fundamental de atribuição de competências, como vimos, e de novo referiremos no próximo capítulo, é o que resulta da distinção doutrinária entre direitos subjectivos e interesse legítimos. Critério concebido originariamente pela doutrina, veio, com a actual Constituição, a beneficiar de expresso reconhecimento normativo.

Assim, os tribunais comuns, integrando o poder judicial, são competentes para conhecer dos litígios fundados na violação dos direitos subjectivos dos particulares, enquanto que os tribunais administrativos, gerais (Tribunais Administrativos Regionais, Conselho de Estado e Conselho de Justiça Administrativa para a Região Siciliana) e especiais (Tribunal de Contas, Tribunal das Águas Públicas, entre outros), enquadrados no poder executivo, apreciam da

violação de interesses legítimos por actos administrativos viciados na legalidade («*giurisdizionedì legittimità*») e, em alguns casos, no mérito («*giurisdizione di merito*»). Excepcionalmente, os tribunais administrativos beneficiam de competência exclusiva («*giurisdizione esclusiva*») conhecendo, simultaneamente, dos direitos subjectivos e dos interesses legítimos dos cidadãos.

A estes remédios jurisdicionais consagraremos um estudo mais pormenorizado no próximo capítulo.

CAPÍTULO V

TUTELA JURISDICIONAL DAS POSIÇÕES JURÍDICAS DOS CIDADÃOS

1. Generalidades

Tivemos já oportunidade, em momentos anteriores do presente relatório, de abordar algumas das questões que se prendem com o tema que, de seguida, trataremos no presente capítulo: a articulação dos meios de tutela jurisdicional das posições jurídicas dos particulares com os remédios administrativos e, especialmente, a controversa questão da distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo como elemento fundamental para a divisão de competências entre os tribunais comuns e os administrativos. Adquiridos estes elementos, prosseguiremos, agora, para concluir o nosso estudo, na análise mais detalhada das funções jurisdicionais que o sistema jurídico italiano oferece aos particulares para salvaguarda e tutela das suas posições jurídicas.

Importa referir, ainda, e antes de dedicarmos a nossa atenção ao conhecimento de cada uma das jurisdições, que, ao contrário do que uma primeira e apressada análise desta matéria poderia fazer concluir, a jurisdição administrativa não se apresenta, face à jurisdição ordinária, como sendo especial ou excepcional. De facto, « *a jurisdição administrativa ordinária aproxima-se da dos tribunais ordinários [comuns] e coloca-se em situação de igualdade face a estes; a jurisdição administrativa não é 'especial' ou 'excepcional' comparada com a que é exercida pelos juízes ordinários [comuns], mas realiza-se pelo mesmo modo e com a mesma plenitude desta última*» ⁽¹⁾ como, aliás, se nos

(1) NIGRO, «Giustizia...», p. 162.

apresenta claro pela leitura dos arts. 103.º e 113.º da CRI e confirmado pela decisão da «*Cassazione*» (11/7/1977) que opõe os tribunais comuns (judiciais e administrativos) aos tribunais especiais (Tribunal de Contas, Tribunal das Águas Públicas, Contencioso Tributário) (2). Assim, ambas são jurisdições gerais, tendo a sua competência definida globalmente pela lei, «*constituída por uma categoria vastíssima e determinada abstractamente (cláusula geral) de litígios*» (3) (os respeitantes a direitos subjectivos ou interesses legítimos, consoante se trate de tribunais comuns ou administrativos, como vimos) e ambas se apresentam limitadas nos seus poderes (acções declarativas e de indemnização, e recursos de anulação, respectivamente). Por isso a doutrina (4) não hesita em considerar que ambas estas jurisdições são gerais, realizando plenamente as suas competências, definidas genericamente, ao contrário das verdadeiras e próprias jurisdições especiais, cujas competências resultam de normas específicas que indicam taxativamente as matérias que formam o objecto das suas atribuições (5).

2. Distinção entre a Jurisdição Comum e a Jurisdição Administrativa

Não obstante as críticas dirigidas por CAPACCIOLI, como vimos, contra o critério de atribuição de competências aos tribunais 'excepcional' administrativos, exceptuando os casos de jurisdição exclusiva, «*a competência entre o juiz ordinário e o juiz administrativo divide-se tendo em consideração a invo-*

(2) SANDULLI («*Manuale...*», p. 929) parece, no entanto, entender que os Tribunais Administrativos compõem uma jurisdição especial, para além de levantar justificadamente reservas quanto à constitucionalidade da designação dos juizes destes Tribunais por defeito de independência, uma vez que, em grande medida, quer ao nível do Conselho de Estado, quer no âmbito dos Tribunais Administrativos Regionais se nota uma importante participação do Governo — cfr. LTAR, arts. 9.º, 14.º e 17.º e LCdS art. 1.º ss.

(3) NIGRO, «*Giustizia...*», p. 162.

(4) V. ZANOBINI, «*Corso...*», II, p. 184 e NIGRO, op. cit., p. 162.

(5) Posição algo diversa é a que apresenta ANDREOLI («*Commento...*», I pp. 1-5) quando refere que a jurisdição administrativa é uma jurisdição especial, muito embora com competência genérica, bem como a tese de SANDULLI («*Manuale...*», p. 919) quando refere que o que existe é «*uma jurisdição especial administrativa dotada de competência genérica*» para a tutela dos interesses legítimos dos cidadãos.

cação em tribunal de um direito subjectivo perfeito ou de um interesse legítimo» (6). Dizendo por outras palavras: «Será competente a autoridade judiciária comum se a controvérsia tiver por objecto a lesão de um direito subjectivo; serão competentes a autoridade administrativa (recursos administrativos) e a jurisdição administrativa (Conselho de Estado, Tribunais Administrativos Regionais e outros órgãos de jurisdição administrativa) se a controvérsia tiver por objecto a violação de um interesse legítimo» (7).

Muito embora merecedor de inúmeras críticas, este «critério fundamental de distinção» (VIRGA) ou «regra fundamental» (LAVAGNA) foi desenvolvido ao longo dos anos pela doutrina italiana, vindo a receber consagração constitucional em 1948. O seu desenvolvimento teve em vista promover a necessária coordenação entre as leis de 1865 e de 1889/90, as quais aboliram e recriaram, respectivamente, a jurisdição administrativa e, como já vimos, um sistema misto para a tutela jurisdicional das posições jurídicas dos particulares.

ZANOBINI (10), não negando o referido critério, nem mesmo contra ele tecendo qualquer crítica de fundo (11), defende que «*mais do que um único critério, contribuem para a referida distinção dois critérios concorrentes e igualmente necessários*» (12). «*Isto quer dizer que a competência não pode ser decidida exclusivamente com base na distinção entre direito e interesse*» (13).

(6) VIRGA, «La Tutela...», p. 7.

(7) Idem, ibidem, pp. 103-104. Neste sentido, também LAVAGNA, «Istituzioni...» p. 110; BOZZI, «Interesse...», p. 855; GUICCIARDI, «La Giustizia...», pp. 28-29. Muito embora este último autor refira que a distribuição de competências resulta da distinção entre ilicitude e invalidade, situações patológicas do acto administrativo resultantes da violação de um interesse individual ou de um interesse público, não se afasta do critério de VIRGA, na medida em que, verificada a existência daqueles vícios do acto, os tribunais serão chamados a actuar para promoverem a tutela dos direitos subjectivos e interesses legítimos afectados por tais actos.

(10) V. «Corso...», II, pp. 119-127.

(11) Pelo contrário, ZANOBINI afirma que o critério de distinção de competências «*é baseado fundamentalmente na distinção entre lesão de um direito e lesão de um interesse.*» («Corso...», p. 166).

(12) ZANOBINI, op. cit. 119.

(13) Idem, ibidem, p. 122.

Nestes termos, ZANOBINI considera que a distribuição de competências entre os tribunais comuns e administrativos há-de resultar da aplicação de dois critérios concorrentes ou, se preferirmos, de um critério duplo: o da *causa petendi* («a razão pela qual o autor se dirige ao juiz pedindo-lhe a reparação do agravo sofrido») ⁽¹⁴⁾ e o do *petitum* (aquilo que o autor pode pedir ao juiz, òu seja, o objecto do pedido) ⁽¹⁵⁾. Em suma, ZANOBINI refere à jurisdição ordinária competência para conhecer da violação de direitos subjectivos (art. 2.º LAC) e, excepcionalmente, aquando da verificação de competência exclusiva, de interesses legítimos — *causa petendi* — através de sentenças declarativas e, eventualmente, indemnizatórias (arts. 4.º e 5.º da LAC) — *petitum*; à jurisdição administrativa é confiada a tutela dos interesses legítimos (arts. 3.º LAC, 26.º LCdS, 4.º LTAR) e, em algumas matérias taxativamente indicadas na lei, daqueles e dos direitos subjectivos e interesses simples (competência exclusiva e de mérito) — *causa petendi* — anulando o acto ilegal, em alguns casos viciado também no mérito (arts. 45.º LCdS, 26.º LTAR) — *petitum* ⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾.

Finalmente, é de referir que, sem alterar os critérios que se acabam de resumir, tanto a LAC (art. 5.º) quanto a LTAR e a LCdS prevêm a possibilidade de, a título prejudicial ou incidental, os tribunais comuns e os administrativos conhecerem igualmente de interesses legítimos e de direitos subjectivos, respectivamente, com efeitos exclusivamente *inter partes*.

Importa, agora, avançar no estudo de cada uma destas jurisdições, não terminando sem antes referir os principais tribunais especiais existentes actualmente.

⁽¹⁴⁾ Idem, ibidem, p. 119.

⁽¹⁵⁾ Idem, ibidem, p. 120.

⁽¹⁶⁾ Sobre a distribuição entre os tribunais comuns e administrativos, v. igualmente NIGRO, «Giustizia...», pp. 190-196; VIRGA, «La Tutela...», pp. 103-113; SANDULLI, «Manuale...», p. 884.

⁽¹⁷⁾ VIRGA (op. cit., p. 111) critica a tese de ZANOBINI por ela não assentar num critério científico e rigoroso embora reconheça que, de um ponto de vista prático, ela se apresenta com utilidade. Para VIRGA, o critério do *petitum* é um mero limite à decisão do juiz. Igualmente, BOZZI critica o presente critério quando aprecia a sentença da «Adunanza Plenaria» do Conselho de Estado de 14.6.1930, dizendo que o critério da «causa petendi» assume uma clara prevalência sobre o do «petitu» que, face àquele, se encontra «praticamente absorvido.» («Interesse...», pp. 856-857).

A) JURISDIÇÃO COMUM ⁽¹⁸⁾

3. Competência dos Tribunais Comuns

Com a lei que aboliu o contencioso administrativo (LAC) foi atribuída aos juizes dos tribunais comuns a competência para conhecerem da violação dos designados «*diritti civili o politici*» (art. 2.^o), doutrinariamente entendidos como direitos subjectivos ⁽¹⁹⁾. Sendo esta a regra geral, «*o critério de competência*» (ORLANDO), eventualmente temperada pelo critério do *petitum* (o qual se traduz nos poderes do juiz, que referiremos de seguida), excepcionalmente a lei altera-a, quer conferindo aos tribunais comuns competências para matérias que excedem os direitos subjectivos — competência exclusiva dos tribunais comuns ⁽²⁰⁾ — quer retirando-lhes a tutela de certos direitos, ao conceder competência exclusiva para tal fim aos tribunais administrativos, ou ainda pela existência de tribunais arbitrais necessários ou facultativos.

4. Poderes dos Juizes dos Tribunais Comuns ⁽²¹⁾

A maioria da doutrina italiana, após indicar e delinear o critério da atribuição de competências à jurisdição comum, estuda os poderes dos juizes desta jurisdição. ZANOBINI, ao invés, apresenta esta questão, como vimos, como

⁽¹⁸⁾ Sobre este tema em geral, v. ZANOBINI, «Corso...», II, pp. 131-166; SANDULLI, «Manuale...», pp. 857-897; VIRGA, «La Tutela...», pp. 103-141; LAVAGNA, «Istituzioni...», pp. 1008-1012; GUICCIARDI, «La Giustizia...», pp. 253-262; CAPACCIOLI, «Unità...», pp. 409-413; ORLANDO, «Principii...», pp. 329-354; ALESSI, «Principii...».

⁽¹⁹⁾ V. o que supra se escreveu (Cap. II).

⁽²⁰⁾ Cfr. SANDULLI, «Manuale...», pp. 877-878 onde se indicam os principais casos de competência exclusiva dos Tribunais comuns.

⁽²¹⁾ «Corso...», II, p. 150. Deste modo distingue a competência directa (aquela que resulta do art. 4.^o da LAC, onde se mencionam os poderes que ali são conferidos aos Tribunais comuns) da competência indirecta (5.^o, LAC).

«o segundo elemento necessário para determinação da competência do juiz ordinário (tribunal comum)» (22) — o critério do *petium*.

Não obstante esta diferença de enquadramento dos poderes dos juizes dos tribunais comuns, o que de facto aqui se nos apresenta (e a doutrina é unânime nesta afirmação) é o estudo simultâneo da extensão daqueles poderes e do objecto do pedido dos particulares. De facto, o particular não pode ir a tribunal pedir mais, ou para além, dos poderes que a lei confere ao juiz para dirimir os conflitos existentes entre os cidadãos e a Administração. Estes poderes têm a sua contramarca nos pedidos do cidadão que a lei considera admissíveis, e estão previstos nos arts. 4.º e 5.º da LAC.

Referimos já a controvérsia que se tem desenvolvido a propósito da interpretação da lei de 1865, quer do ponto de vista da abolição do contencioso administrativo (art. 1.º), quer da consideração dos poderes que a LAC confere ao juiz nas questões que lhe são presentes, os quais se encontram confinados ao mero conhecimento dos efeitos do acto controvertido. Então se disse que, subjacente à lei de 1865, especialmente aos seus arts. 4.º e 5.º, estava uma estrita concepção do princípio da separação de poderes, a qual impedia a continuação do administrador-juiz e a institucionalização do juiz-administrador tentando, ao mesmo tempo, defender as posições jurídicas dos particulares e salvaguardar a independência da Administração. Relatou-se, a propósito, a posição de CAPACCIOLI, a qual, no essencial, condiz com a de NIGRO quando este refere, criticando, que a lei de 1865 é uma «lei compromissória e contraditória» (23), porque nega os meios idóneos e necessários para a realização dos fins que concede e atribui à jurisdição comum. Assim se percebe que a doutrina prefira estudar as questões dos limites dos poderes dos tribunais comuns, e não dos poderes em si mesmos considerados (24) (25).

(22) Vejam-se, em especial, NIGRO, «Giustizia...», pp. 233 ss.; SANDULLI, «Manuale...», pp. 886 ss.; VIRGA, «La Tutela...», pp. 116 ss.; GUICCIARDI, «La Giustizia...», pp. 333 ss.; LAVAGNA, «Istituzioni...», pp. 1008 ss.; ZANOBINI, «Corso...», II, pp. 150 ss.; ORLANDO, «Principii...», pp. 349-354.

(23) «Giustizia...», p. 234).

(24) GUICCIARDI apresenta-se como excepção de acordo, aliás, com as concepções que lhe são próprias e que temos vindo a referir, dizendo que os arts. 4.º e 5.º da LAC «são uma extensão de tais poderes, em vez de uma sua limitação» («La Giustizia...», p. 334).

(25) NIGRO, por exemplo, refere-se às «graves limitações impostas aos poderes do juiz comum.» («Giustizia...», p. 233, enquanto que ZANOBINI estuda as limitações da autoridade judiciária (pp. 151 ss.), reafirmadas e sintetizadas a p. 165, e VIRGA afirma, como ficou dito *supra*, que o critério do *petitum* é um mero limite à decisão do juiz.

Esta questão — averiguação dos poderes do juiz dos tribunais comuns — que, como vimos e veremos, se reveste da máxima importância prática, só se nos apresenta verdadeiramente quando a autoridade judicial e a autoridade administrativa entrem em conflito actual ou potencial, i.e., quando os tribunais comuns rejeitem um pedido da Administração ou acolham uma pretensão de um cidadão contra aquela.

De referir, ainda, que a doutrina (v.g. SANDULLI, ZANOBINI e VIRGA) defende que as regras contidas nestas normas se aplicam exclusivamente aos actos da Administração que assumam as características de actos administrativos em sentido próprio, e não também aos actos jurídicos de direito privado por ela desenvolvidos e, por maioria de razão, aos comportamentos desprovidos de poder.

5. (cont.) Limite Subjectivo do Caso Julgado — Art. 4.º, I Parte (Competência Directa)

A lei de 1865 impõe limitações graves aos poderes dos juízes dos tribunais comuns, impedindo-os, dizem alguns (CAPACCIOLI, NIGRO), de actuar de forma eficaz na resolução das disputas que esta mesma lei lhes havia confiado. A primeira dessas limitações encontra-se no art. 4.º, I parte, quando a lei reduz os poderes do juiz dos tribunais comuns ao conhecimento dos efeitos do acto controvertido, não lhe permitindo, desse modo, que aprecie o acto (*in se e per se*) com efeitos *erga omnes*. Ao contrário da jurisdição administrativa, como veremos, os tribunais comuns não podem exceder com a sua decisão o âmbito do caso concreto que lhes tenha sido submetido, i.e., a relação jurídica controvertida em juízo.

Deste modo, a LAC reafirma o princípio geral de direito processual quanto à eficácia subjectiva das sentenças: «*a eficácia das decisões dos tribunais comuns reconduz-se aos limites assinalados pelos elementos que identificam a acção — sujeitos, objecto e causa de pedir*»⁽²⁵⁾. «*Fora deste [do caso deduzido em juízo] o acto conserva a sua presunção de legalidade e não pode ser ignorado*

⁽²⁵⁾ GUICCIARDI, «*La Giustizia...*», p. 335. *Sobre os limites subjectivos do caso julgado e, no essencial, neste mesmo sentido, v. na doutrina portuguesa CASTRO MENDES, «Direito...», III, p. 284. V. Tb. ANTUNES VARELA, «Manual...», pp. 680-681.*

pelos demais sujeitos» ⁽²⁶⁾ da ordem jurídica. O mérito desta clara afirmação legal manifesta-se no esclarecimento definitivo que oferece ao intérprete quanto à eficácia da sentença num processo em que, atendendo à circunstância de um dos sujeitos ser a Administração Pública e o objecto da disputa um acto administrativo, se poderem levantar algumas dúvidas quanto ao entendimento das consequências da abolição do contencioso administrativo. É assim que alguns pretendem que as decisões do tribunal se estendam a todos os casos e situações que decorram da aplicação do acto controvertido e violador de posições jurídicas dos particulares (direitos subjectivos) o que equivale a conceder efeitos *erga omnes* às decisões dos tribunais judiciais.

Em suma, quer o acto que afecte um direito subjectivo seja válido, quer seja inválido, o juiz ordinário não declara a sua validade ou invalidade, mas a existência ou inexistência de uma lesão ilegal de um direito — limita-se a conhecer dos efeitos do acto que é contestado, no caso concreto que está a ser por si julgado ⁽²⁷⁾.

6. (cont.) Impossibilidade de Anular ou Revogar Actos Administrativos — Art.º 4.º, II parte (Competência Directa)

A segunda parte do art.º 4.º apresenta-se-nos, claramente, como um corolário do princípio da separação de poderes ⁽²⁸⁾ — em caso algum o juiz se pode substituir à Administração — e como tentativa, aliás conseguida, de compensar as críticas e as objecções do poder executivo quanto à generalidade dos arts. 1.º e 2.º ⁽²⁹⁾, que consagravam a abolição do contencioso administrativo. Assim se pode entender melhor o facto de aos tribunais comuns estar vedada a revogação e a modificação dos actos administrativos, bem como qualquer outra

⁽²⁶⁾ ZANOBINI, «Corso...», III, 151.

⁽²⁷⁾ Assim também BENVENUTI; «Appunti...», p. 257.

⁽²⁸⁾ ZANOBINI; «Corso...», II, p. 152.

⁽²⁹⁾ Cfr. NIGRO, «Giustizia...», pp. 233-234.

forma de substituição da vontade (anulação, suspensão) ⁽³⁰⁾, muito embora a Administração deva conformar a sua actuação (obrigação jurídica e não meramente moral) com as decisões dos tribunais no tocante ao caso controvertido — reafirmação da eficácia subjectiva da sentença, por um lado, e recusa de formas meramente teóricas ou abstractas de Justiça, por outro ⁽³¹⁾.

Daqui resultam, pois, duas questões de extrema importância. A primeira versa sobre as acções admissíveis no confronto da Administração, e a segunda sobre a execução compulsiva pela Administração Pública das sentenças dos tribunais comuns. De ambos daremos nota nos números seguintes.

7. (cont.) Acções Proponíveis Contra a Administração

VIRGA ⁽³²⁾, produzindo uma exaustiva análise dos diversos tipos de acção, enumera as que são proponíveis contra a Administração. Como pressuposto da sua análise, repita-se, encontramos a afirmação de que o art.º 4.º da Lei de 1865 proíbe que o juiz dos tribunais comuns se substitua à Administração na emanação de um acto de vontade próprio desta última, vedando-lhe, por isso, o conhecimento de acções tendentes a modificarem, eliminarem ou imporem uma providência administrativa.

Deste modo, o autor citado vem referir como admissíveis as acções declarativas, especialmente aptas a esclarecer eventuais situações de incumprimento pela Administração, e a possibilitar ao juiz a não aplicação de determinado acto administrativo; as acções de condenação, desde que visem um mero comportamento material da Administração e o bem em causa não tenha sofrido, entretanto, uma utilização de acordo com o interesse público; as acções de indemnização ⁽³³⁾; as acções possessórias e quase possessórias, desde que a

⁽³⁰⁾ ZANOBINI, op. cit., p. 152; VIRGA, «La Tutela...», p. 125; GUICCIARDI, «La Giustizia...», p. 387, entre outros.

⁽³¹⁾ A este propósito, CAPACCIOLI, «Unità...», p. 387.

⁽³²⁾ «La Tutela...», pp. 125-133.

⁽³³⁾ ZANOBINI defende serem estas as únicas acções de condenação admissíveis contra a Administração porque resultam do espírito da lei, na medida em que aqui o juiz não exerce, efectivamente, a actividade administrativa porquanto a condenação da Administração ao pagamento de soma de que resulte devedora ou a indemnização por danos por si impostos aos particulares «*não é um meio de realizar o interesse público e de gerir os serviços públicos*» («Corso...», II, pp. 155-157) não afrontando, pois, o princípio da separação de poderes.

Administração tenha actuado na sua veste de sujeito privado, a posse não seja titulada ou exceda os limites temporais ou materiais previstos no acto administrativo (34). Serão, ainda, admissíveis os procedimentos cautelares (salvo o arresto), desde que não modifiquem a eficácia do acto e não alterem o destino dado ao bem pela Administração.

Pelo contrário, não serão admissíveis as acções constitutivas (35), as acções de condenação, as acções possessórias nos casos não ressalvados anteriormente e o arresto, como vimos.

Por seu turno, BENVENUTI (36), tal e qual ZANOBINI, defende que só são admissíveis sentenças declarativas e sentenças condenatórias ao pagamento de quantia certa a título de indemnização, mas nunca sentenças constitutivas, sob pena de «*uma intromissão inadmissível da autoridade judiciária no âmbito de actuação da Administração Pública*» (37).

Finalmente, SANDULLI e GUICCIARDI apresentam-nos uma perspectiva bastante mais restritiva. O primeiro entende que decorre do princípio da separação de poderes que ao juiz dos tribunais comuns só seja possível proferir sentenças declarativas, porque qualquer outra solução implicaria sempre a substituição da vontade da Administração pela do juiz. Quanto a GUICCIARDI ele vai, ainda, mais longe dizendo, textualmente: «*Nem mesmo pode ser pedida ao juiz uma simples acção declarativa, já que tal implicaria uma sentença sobre um simples interesse individual e não sobre um direito subjectivo; uma sentença não quanto aos efeitos do acto, mas sobre a sua idoneidade para os produzir; sentença que conferiria validade ao acto sobre quaisquer relações e não só quanto ao objecto deduzido em juízo*» (38).

(34) ZANOBINI exclui as acções possessórias, excepto quando a Administração haja actuado no âmbito do direito privado (e, ainda assim, com dúvidas).

(35) NIGRO («Giustizia...», p. 250) admite que contra a Administração seja intentada a execução específica de um contrato-promessa, ao contrário de VIRGA e de ZANOBINI.

(36) «Appunti...», pp. 257-258.

(37) «Manuale...», p. 895.

(38) «La Giustizia...», p. 336.

8. (cont.) «Giudizio di Ottemperanza» (39)

O «*giudizio di ottemperanza*», ou acção de cumprimento, resulta de três permissas-base. A primeira é a que decorre da aplicação, também à Administração, das regras contidas no Código Civil italiano (arts. 2740.º e 2741.º), segundo as quais todos os bens do devedor são destinados ao cumprimento das suas obrigações. A não ser assim estaríamos, não a salvaguardar e a proteger o exercício da função administrativa, mas a dispensar a Administração da observância das regras do direito comum nesta matéria (40).

Em segundo lugar, importa não perder de vista que o art.º 4.º da LAC impede que o juiz dos tribunais comuns imponha a execução das suas decisões, bem como que, salvos os casos de fixação de indemnização pecuniária, condene a Administração a um «*facere*» ou a um «*non facere*», já que tal implicaria a emissão, pelo juiz, de uma providência substitutiva do acto administrativo devido.

Finalmente, acresce, por um lado, a inexistência de um direito subjectivo do cidadão à emissão de uma guia de pagamento, considerando-se que o momento, a forma e o modo do referido pagamento se situam no âmbito da discricionariedade da Administração e, por outro lado, verifica-se a impenhorabilidade ou indisponibilidade dos bens públicos.

Deste modo, parece que ao cidadão fica a expectativa de que a Administração conformará a sua actuação com as decisões dos tribunais (realizando-se, então, a Justiça) e à Administração a obrigação natural de o fazer. No entanto, quer na LTAR (arts. 27.º IV e 33.º), quer na LCdS (art. 27.º IV) prevê-se a possibilidade de o cidadão suscitar um «*giudizio di ottemperanza*» tendo em vista a conformação da actuação da Administração com as sentenças dos tribunais. Esta acção traduz-se no recurso «*à jurisdição administrativa de mérito tendo em vista a estatuição das medidas necessárias ao cumprimento da sentença*

(39) Sobre este particular, cfr. NIGRO, «Giustizia...», pp. 245-247 e 383-416; VIRGA, «La Tutela...», pp. 135-141 e 417-434; SANDULLI, «Manuale...», pp. 875-897; BENVENUTI, «Appunti...», p. 260 ss; ZANOBINI, «Corso...», II, pp.

(40) Por todos, NIGRO, op. cit., pp. 251 e 252. «*A Administração responde, pois, também ela, 'com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento das suas obrigações' (art. 2740.º I, CC), com excepção (II) dos bens que estão adstritos especialmente ao exercício das suas funções*» (Idem, ibidem, p. 252, onde se dá conta da jurisprudência mais relevante nesta matéria).

condenatória da Administração»⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾, através da fixação de um prazo para o cumprimento da obrigação e na nomeação de um Comissário *ad acta*, o qual, desse cumprimento, desencadeará os mecanismos devidos.

Para a execução deste «*giudizio di ottemperanza*» todos os bens de valor económico são executáveis, como já referimos. Quanto à penhorabilidade de somas pecuniárias apresentam-se-nos três teses. A primeira (SANDULLI) pretende que são impenhoráveis quaisquer somas pecuniárias, atendendo à natureza do orçamento e à dignidade do acto da sua aprovação. Por outro lado, VIRGA defende, também, como regra geral, a impenhorabilidade de verbas em dinheiro, porque entende que a aprovação do orçamento implica uma escolha política de afectação de recursos (fixação de receitas para determinadas despesas seleccionadas) e o seu desrespeito ocasionaria, necessariamente, uma substituição pelo poder judicial de um outro poder público investido nessa competência (neste caso o poder legislativo). Admite, todavia, uma excepção a esta regra quando no orçamento haja sido consignada uma verba para o pagamento de somas devidas por sentença condenatória da Administração Pública, ou nele exista um fundo de reserva para despesas imprevistas, considerando que nestes casos não se verifica a alteração da disponibilidade de quantias previstas para cobrir despesas orçamentadas.

Finalmente, NIGRO vai mais longe, apoiado, aliás, em algumas decisões jurisprudenciais, considerando que o orçamento «*contempla todas as entradas e todas as saídas numa visão global, não consentindo que se estabeleça uma relação entre receitas e despesas, não podendo, por isso, ser considerado como um vínculo de afectação em sentido técnico de determinadas quantias*». ⁽⁴³⁾ E conclui: «(...) *como instrumento indirecto e absolutamente neutro, o dinheiro, por sua própria natureza, não suporta uma afectação em sentido próprio ou*

⁽⁴¹⁾ VIRGA, «La Tutela...», p. 137.

⁽⁴²⁾ Quanto aos poderes do juiz dos tribunais administrativos, SANDULLI («Manual, p. 897) refere que ele actua «ordenando à Administração os comportamentos pelos quais esta se há-de conformar e, eventualmente, substituindo-se à Administração nas providências necessárias.»

⁽⁴³⁾ Op. cit., p. 253.

técnico (...) devendo, portanto, concluir-se pela sua penhorabilidade». ⁽⁴⁴⁾ ⁽⁴⁵⁾ Posição semelhante é expressa por ZANOBINI ⁽⁴⁶⁾, muito embora excepcione as «*casse speciali*» previstas no orçamento.

9. (cont.) Não Aplicação de Actos Administrativos Ilegais — Art. 5.º (Competência Indirecta)

Quando o art. 5.º da LAC estabelece que os juízes dos tribunais comuns aplicam os actos administrativos conformes à lei, está a constituir uma forma de competência indirecta ou incidental naqueles juízes para conhecerem da legalidade dos actos administrativos que estejam comprometidos na resolução de uma causa objecto da sua jurisdição (causa principal). Aqui, o objecto principal do conhecimento do tribunal não é a legalidade do acto ou do regulamento, sendo a apreciação que o tribunal deles tiver de fazer meramente incidental. ⁽⁴⁷⁾

Tratando-se de um conhecimento incidental, as conclusões que vierem a ser alcançadas pelo Tribunal terão efeitos limitados ao processo em causa, traduzidos na não aplicação ou na ignorância deliberada e legalmente justificada do acto viciado. Por outras palavras, o juiz do tribunal comum quando reconheça a ilegalidade de um acto administrativos que, incidentalmente, tenha de apreciar, actuará como se o mesmo não existisse. Desde facto, resulta, por outro lado, que de uma tal decisão não decorre qualquer efeito vinculativo para a Administração e a decisão não tem, igualmente, qualquer consequência posterior sobre o acto, i.e., não se aplica a II parte do art.º 4.º mantendo-se, pois, a presunção de validade do acto questionado incidentalmente na sua legalidade. ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁾ Idem, ibidem, p. 253.

⁽⁴⁵⁾ Assim t. MONTESANO e ANDRIOLI (cits. por NIGRO) e GRECO (cit. por VIRGA).

⁽⁴⁶⁾ «Corso...», p. 178.

⁽⁴⁷⁾ V., neste sentido, GUICCIARDI, «La Giustizia...», p. 341; ZANOBINI, «Corso...», II, p. 164; e SANDULLI, «Manuale...», p. 887. Em geral, cfr. CASSARINO, «Problemi...».

⁽⁴⁸⁾ Por todos, SANDULLI, «Manuale...», p. 887: «(...) sempre que os considerem ilegais /os juízes/ devem julgar o caso que é apresentado ao seu exame prescindindo absolutamente deles /actos ou regulamentos ilegais/ (como se nunca tivessem sido emanados), sem que, no entanto, tal consideração de ilegalidade do acto possa produzir efeitos fora do caso a quo.»

Questão diferente daquela que acabamos de referir, é a que decorre da II parte do art. 5.º («conformidade à lei») e que se traduz na disputa doutrinária sobre a extensão dos poderes da jurisdição comum quando exerça a sua competência indirecta. Alguns autores ⁽⁴⁹⁾ defendem que o conhecimento destes actos pelo juiz dos tribunais comuns é mais restrito do que aquele realizado pelos seus colegas dos tribunais administrativos, sendo-lhe retirada a possibilidade de conhecer do vício de excesso de poder. «*Esta opinião parece baseada no pressuposto de que o conhecimento do vício de excesso de poder implica uma valorização sobre a oportunidade do acto administrativo*» ⁽⁵⁰⁾. Diversamente, outros autores ⁽⁵¹⁾ defendem que a não aplicação de um acto administrativo pode resultar da verificação de um qualquer vício de legalidade, incluindo o excesso de poder, sem, esse modo, se ultrapassar a verificação da «legalidade extrínseca» do acto. Onde já não se estende o conhecimento da jurisdição comum é à apreciação do mérito ou da oportunidade do acto porque, então, «*haveria uma invasão pelo juiz da esfera de decisão discricionária da Administração (...) em flagrante contradição com o princípio da separação de poderes*» ⁽⁵²⁾.

B) JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA ⁽⁵³⁾

10. Jurisdição Administrativa

Aos tribunais administrativos ⁽⁵⁴⁾ são conferidas atribuições de três tipos. Antes de mais, é-lhes confiada a tutela genérica dos interesses legítimos

⁽⁴⁹⁾ ZANOBINI, «Corso...», II, p. 163-164 e ROMANO, RANELLETI e MIELE, cits. por VIRGA, «La Tutela...», p. 117, nota ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁰⁾ LAVAGNA, «Istituzioni...», p. 1010.

⁽⁵¹⁾ LAVAGNA, VIRGA, SANDULLI, NIGRO, entre outros.

⁽⁵²⁾ VIRGA, «La Tutela...», p. 116.

⁽⁵³⁾ Sobre esta matéria, v. NIGRO, «Giustizia...», pp. 275-453; BENVENUTI, «Appunti...», pp. 263-276; BOZZI, «Diritto...», pp. 1236-1237; VIRGA, «La Tutela...», pp. 157-434; BENVENUTI, «Consiglio...», pp. 318-327; VITAL, «Garantias...», pp. 116-130; GUICCIARDI, «Consiglio...», pp. 192-202.

⁽⁵⁴⁾ «*Qualquer órgão de poder executivo ao qual tenha sido conferido o poder para decidir controversias nas quais a Administração Pública se apresente como parte*» — ZANOBINI, «Corso...», II, p. 118. Cfr. igualmente VIRGA, «La Tutela...», p. 159.

(art. 4.º LTAR e art. 26.º LCdS), sendo, por isso, chamados o «*giudice generale della legittimità degli atti amministrativi*». Uma segunda ordem de competências visa o conhecimento de vícios de mérito, de acordo com normas de boa administração, para algumas matérias taxativa e especificamente previstas na lei. Finalmente, igualmente para matérias taxativamente indicadas no texto legal, os tribunais administrativos conhecem de direitos subjectivos e de interesses legítimos indistintamente, superando, desse modo, a já referida repartição de competências entre jurisdição comum e administrativa.

A ordem dos tribunais administrativos é composta pelo Conselho de Estado (CdS) e pelos Tribunais Administrativos Regionais (TAR) ⁽⁵⁵⁾, constituindo um sistema de dupla instância com recurso das decisões destes para aquele. Entre o CdS e os TAR verifica-se uma absoluta equiparação de competências (mesmo para as jurisdições de mérito e exclusiva) — LTAR, art. 28.º, II — e de poderes de decisão — LTAR, art. 28.º, IV.

11. Jurisdição de Legalidade

A disposição legislativa fundamental nesta matéria, sintetizadora e esclarecedora das várias questões e problemas que se levantam a propósito da tutela das posições jurídicas subjectivas afectadas por actos administrativos viciados na legalidade e conhecidas pelos tribunais administrativos, encontra-se expressa no art. 26.º da lei do Conselho de Estado, nos seguintes termos:

«Compete ao Conselho de Estado em sede jurisdicional decidir dos recursos por incompetência, excesso de poder e violação de lei, contra actos ou providências de uma autoridade administrativa ou de um corpo administrativo decidente, que tenham por objecto um interesse dos indivíduos ou de uma pessoa moral, quando esses recursos não sejam da competência da autoridade judiciária nem de corpos ou colégios [tribunais] especiais.»

⁽⁵⁵⁾ Sobre a composição, organização e funcionamento do CdS e dos TAR v., por todos, SANDULLI, «Manuale...», pp. 920 ss. e VIRGA, «La Tutela...», pp. 405-408.

Da leitura da presente exposição resultam, pois, quatro elementos fundamentais, a saber: antes de mais, objecto do recurso são os actos administrativos; por outro lado, o recurso funda-se ou tem por motivos os vícios de incompetência, excesso de poder e violação de lei; em terceiro lugar, é exigido um interesse protegido; finalmente, estabelecem-se as relações entre a jurisdição administrativa e a jurisdição ordinária. De entre estes, assumem neste momento particular importância os três primeiros.

12. (cont.) Objecto do Recurso de Legalidade perante os Tribunais Administrativos.

O art. 26.º da LCdS, como vimos, refere expressamente que o objecto do recurso são os actos administrativos em sentido subjectivo e formal⁽⁵⁶⁾, que provenham de órgãos singulares ou colegiais da Administração. Noutros termos, e usando o douto ensinamento de VIRGA, «*são susceptíveis de impugnação os actos, mesmo que não sejam definitivos [atendendo ao carácter presentemente facultativo do recurso hierárquico] que tenham natureza 'provvedimentale'*»⁽⁵⁷⁾, i.e., *os que tenham por conteúdo uma manifestação de vontade*⁽⁵⁸⁾, *provenham de um órgão da Administração e sejam emanados no exercício da função administrativa*» (actos materialmente administrativos).

Resulta do que acabamos de referir que a doutrina italiana, considerando literalmente o objecto do legislador de 1889-90 ao recriar os tribunais administrativos (garantia dos cidadãos contra erros e abusos do poder executivo no exercício da actividade administrativa, mas não dos demais poderes quando excepcionalmente chamados a desenvolver actividades similares) exclui da previsão do art. 26.º LCdS os actos administrativos praticados por autoridade não administrativa e os actos do poder executivo despidos da função administrativa (actos materialmente não administrativos). De entre os primeiros, reconhecemos a insindicabilidade dos actos do Parlamento e dos Tribunais sobre a carreira e as questões disciplinares dos seus funcionários; quanto aos segundos,

⁽⁵⁶⁾ Cfr. ZANOBINI, «Corso...», II, p. 185.

⁽⁵⁷⁾ «La Tutela...», p. 223.

⁽⁵⁸⁾ Idem, *ibidem*, p. 224.

sobressaem os actos praticados pelo poder executivo no exercício da actividade legislativa (leis materiais e formais ⁽⁵⁹⁾ salvo quando na lei se «esconde» um verdadeiro e próprio acto administrativo), os actos executados no âmbito da actividade política — os actos políticos — (não obstante terem existido algumas dúvidas, numerosas, quanto à constitucionalidade do art. 31.º face ao art. 113.º II CRI, que negou a existência de actos da Administração Pública dispensados de controle jurisdicional) e os actos praticados no exercício da actividade jurisdicional — considerando-se que os tribunais administrativos estão integrados no Poder Executivo, excepto quando se esteja em presença de uma jurisdição de dupla instância. São, finalmente, de excluir do conhecimento pelos tribunais administrativos os actos administrativos internos (circulares, ordens), os processuais, os de execução e os confirmativos, na medida em que eles ainda não afectam, ou já não afectam directamente, posições jurídicas subjectivas sendo outros que ocasionam a violação de interesses legítimos, dos quais, naturalmente, cabe recurso.

Finalmente, e para completar algo já enunciado, o art. 113.º, II, CRI, veio impedir a continuação de uma situação anterior gravosa para a tutela das situações jurídicas dos particulares, quando recusou a existência de categorias de actos dispensados de controlo jurisdicional. ⁽⁶⁰⁾ ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ O conhecimento da conformidade das leis com a Constituição («legittimità costituzionale») cabe exclusivamente ao Tribunal Constitucional.

⁽⁶⁰⁾ Autores houve (v.g. ZANOBINI) que pretenderam que o art. 113.º fosse uma norma programática, com efeitos meramente futuros, sem que tal tese, todavia, tivesse conseguido prevalecer.

⁽⁶¹⁾ Não obstante esta disposição, o Tribunal Constitucional Italiano não declarou inconstitucional todo o segundo parágrafo do art. 26.º, que consagrava uma excepção de jurisdição para as matérias aduaneiras e militares, considerando (sent. 24/6/1958, n.º 40) que só a excepção dos primeiros era inconstitucional.

13. (cont.) Motivos do Recurso. Interesse Protegido.

Como vimos no capítulo inicial do presente relatório, o recurso aos tribunais administrativos, regra geral, ⁽⁶²⁾ dá-se quando um acto administrativo viola um interesse legítimo de um cidadão por virtude de se encontrar viciado na sua legalidade. ⁽⁶³⁾ A jurisdição de legalidade exclui absolutamente o conhecimento da oportunidade, da conveniência e do mérito do acto administrativo, conhecendo somente dos vícios de legalidade do acto: (a) incompetência, (b) excesso de poder ⁽⁶⁴⁾ e (c) violação de lei.

Igualmente o art. 113.º CRI negou a limitação da «*tutela jurisdicional (...) a particulares meios de impugnação*».

Para além dos motivos objectivos do recurso, os quais já referimos, a lei (LCdS, art. 26.º) exige que entre o acto controvertido e o cidadão exista um particular motivo subjectivo para o recurso, manifestado na existência de um interesse protegido. Este interesse é diferente daquele outro de que qualquer cidadão, independentemente de uma relação especial que tenha face ao acto administrativo, dispõe com vista a que os órgãos administrativos do Estado desenvolvam a sua actividade e realizem a sua competência de acordo com o interesse geral, o bem comum e o interesse público. Para que exista este motivo subjectivo para o recurso a lei exige que seja manifesto um «*interesse directo e pessoal*», uma «*utilidade subjectiva protegida*» (ZANOBINI), um «*interesse substancial*» (SANDULLI).

14. Poderes dos Juizes dos Tribunais Administrativos

Tal e qual os poderes dos juizes dos tribunais comuns, também os poderes dos magistrados dos tribunais administrativos são limitados. Na jurisdição

⁽⁶²⁾ Da excepção se dará conta nos n.ºs 15. e 16. deste relatório, quando se estudar a jurisdição de mérito.

⁽⁶³⁾ Daqui resulta uma das mais importantes críticas de CAPACCIOLI quando refere que o interesse legítimo não é mais que um «*slogan legislativo*» para referir vícios de legalidade do acto administrativo.

⁽⁶⁴⁾ Aqui se incluem o desvio de poder, o erro de facto, a incongruência, a injustiça, entre outros, todos os vícios nos quais se manifesta uma imprecisa, anormal ou irregular determinação da vontade.

de legalidade o juiz limita-se a poder anular o acto viciado — «recurso de anulação», chamam alguns autores à jurisdição administrativa — não lhe sendo permitido suprir os vícios verificados, praticar os actos sucessivos a que a Administração fica obrigada ou substituir-se a ela em caso de inércia.

Por outro lado, os tribunais administrativos quando conhecem a título principal da legalidade de um acto pretensamente violador de um interesse legítimo, podem, a título excepcional, «*decidir todas as questões prejudiciais ou incidentais relativas a direitos*» (LCdS, art. 28.º, I) sempre que aquela decisão se apresente como pressuposto ou condição para a resolução da questão principal que se lhes encontra submetida. Naqueles casos, no entanto, os poderes dos juizes estão limitados à definição do direito aplicável ao caso concreto, bem como os efeitos da sua decisão se encontram restringidos à medida necessária para a composição da controvérsia apresentada como questão principal (efeitos *inter partes*).

15. Jurisdição de Mérito (LTAR, art. 7.º, I e IV ⁽⁶⁵⁾ e LCdS, art. 27.º).

A jurisdição de mérito «*constitui uma grave limitação da autonomia da Administração Pública*» ⁽⁶⁶⁾, em virtude de conferir ao juiz dos tribunais administrativos dela encarregues, por expressa e taxativa sujeição legal de certos actos administrativos, poderes substancialmente mais amplos, e mais gravosos do ponto de vista da Administração, traduzidos na possibilidade de se substituir aos órgãos executivos na conformação do acto controvertido com a lei e com as regras de oportunidade que deveriam ter estado presentes no momento da sua criação ⁽⁶⁷⁾.

A existência desta jurisdição não exclui a referida jurisdição de legalidade, «*de modo que a competência do juiz [desta última] não é mudada, mas tão-só*

⁽⁶⁵⁾ Da conjunção das normas contidas nos arts. 7.º e 2.º, a) da LTAR conclui-se que o legislador manteve em vigor, neste particular, a antiga LGPA.

⁽⁶⁶⁾ «Corso...», II, p. 218.

⁽⁶⁷⁾ A estes poderes de decisão acrescem os poderes ilimitados de que o juiz dispõe para conhecer dos factos suscitados em juízo e a generalidade dos meios de prova admitidos pelo processo civil, ao contrário do que ocorre na jurisdição de legalidade.

alargada a matérias que normalmente lhe são vedadas,» (68) como se conclui naturalmente da utilização pelo legislador do advérbio «*anche*» (também). Em suma, a competência de mérito coexiste e reforça a competência geral de legalidade dos tribunais administrativos.

Esclarecida esta questão, sobre a qual a doutrina não apresenta dúvidas de fundo, depara-se-nos uma outra, agora já com posições claramente distintas entre os diversos autores italianos: os critérios da divisão de competências entre as jurisdições de legalidade e de mérito. Enquanto ZANOBINI (69) afirma que é o conteúdo específico da jurisdição de mérito, o qual veremos de seguida, o exame dos actos administrativos com critérios extra-jurídicos que estabelece aquela distinção, (70) VIRGA (71), AMORTH, FAGIOLARI e ROVELLI (72) entendem que a diferença tem de ser encontrada nos diversos poderes de decisão de que os juizes de ambas as jurisdições dispõem. A este segundo entendimento responde ZANOBINI, razoavelmente, que o poder de reforma não representa aqui o essencial da jurisdição de mérito, mas tão só uma sua faculdade, complementar do elemento essencial da distinção — a aplicação de critérios extra-jurídicos, de boa administração, na apreciação do acto causador da controvérsia.

16. (cont.) Conteúdo Específico da Jurisdição de Mérito.

Mesmo considerando que existe alguma controvérsia quanto à distinção entre as jurisdições de legalidade e de mérito, resulta do que atrás se disse que o juiz, atendendo aos largos poderes de que dispõe — reforma e substituição do acto viciado e condenação da Administração no pagamento de quantias de que resulte devedora, como nos esclarecem os arts. 26.º I e III LTAR e 45.º

(68) ZANOBINI, «Corso...», II p. 216. VIRGA prefere dizer que a jurisdição de mérito é sucessiva face à de legalidade («La Tutela...», p. 174).

(69) «Corso...», II, p. 219.

(70) GONÇALVES PEREIRA («Erro...», p. 61) acolhe, ao descrever o sistema italiano, o critério proposto por ZANOBINI escrevendo que a jurisdição de mérito se destina «à sanção da violação de regras extra-jurídicas: oportunidade, conveniência, equidade».

(71) «La Tutela...», p. 174.

(72) In, ZANOBINI, «Corso...», II, p. 219.

I LCdS — desenvolve ele próprio uma actividade administrativa, com a particularidade de o fazer com observância das garantias e da forma do processo jurisdicional, na medida em que se substitui aos órgãos da Administração vulgarmente competentes para aquelas matérias.

Simultaneamente, e preferindo, como ZANOBINI, que o elemento fundamental da diferenciação entre a competência de legalidade e a de mérito dos tribunais administrativos se concretiza na averiguação pelos «juizes de mérito» da utilidade, da oportunidade, da conveniência, da equidade e da justiça dos actos administrativos (critérios de diminuta certeza e objectividade, simples regras extra-jurídicas de boa administração ou de mérito administrativo, ainda e sempre para a realização do interesse público), não podemos deixar de concluir pela existência de uma larga discricionariedade dos tribunais investidos na competência de mérito, semelhante àquela que detém a autoridade administrativa competente originariamente para decidir sobre aquelas matérias.

Finalmente, a posição jurídica subjectiva tutelada pela jurisdição de mérito são os interesses simples, os quais se traduzem na pretensão dos particulares a que a Administração utilize os seus poderes de acordo com o interesse público e sem impôr aos particulares sacrifícios desnecessários. «(...) *Estes interesses não vêem alterada a sua consistência jurídica, pelo facto de a sua tutela ser legalmente realizada, não só por meio de recursos hierárquicos [a sua forma de normal de tutela] mas também através de recurso jurisdicional*» (73).

17. Jurisdição Exclusiva (LTAR, 7.º II e III (74) e LCdS, 29.º)

Finalmente, cabe estudar a chamada jurisdição administrativa exclusiva, que ocorre nos casos expressa e taxativamente indicadas na lei. Antes de apro-

(73) ZANOBINI, «Corso...», II, p. 221, que conclui: «O órgão jurisdicional decide as controvérsias que lhe são apresentadas atendendo aos mesmos critérios de oportunidade e de conveniência que caracterizam a discricionariedade administrativa.»

(74) Da conjugação das normas contidas nos arts. 2.ºa) e 27.º da LTAR conclui-se que o legislador manteve em vigor, para a jurisdição exclusiva, o antigo art. 4.º da LGPA.

fundar as razões para esta nova forma de jurisdição, importa elucidar dois aspectos. Antes de mais, com a atribuição de competência exclusiva sobre certas matérias aos órgãos de jurisdição administrativa, o legislador voluntariamente ultrapassou e subverteu o critério de distribuição de competências assente na distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo ⁽⁷⁵⁾. Em segundo, a jurisdição exclusiva conhece de vícios de legalidade (de legitimidade para a doutrina italiana) e pode conhecer, ainda, e fá-lo frequentemente, de vícios de mérito, comportando-se, então, como uma jurisdição exclusiva e de legalidade.

Foi a percepção do legislador sobre a incerteza do «*critério fundamental de distinção*» agravada com a frequente semelhança entre direito subjectivo e interesse legítimo, com a conseqüente dificuldade de distinção ⁽⁷⁶⁾, que levou à consagração da presente jurisdição, evitando-se, deste modo, erros possíveis na propositura da acção com as inevitáveis perdas de prazos. Acrescem a esta outras razões importantes. A primeira, ainda influenciada por um certo espírito de favor de que a Administração beneficia, reconhece que certos assuntos prevalentemente técnicos aconselham a que seja derogada a regra geral e atribuído o seu conhecimento a tribunais administrativos. Por outro lado, conseguiu-se desse modo evitar que contra a Administração sejam intentadas acções de condenação ao pagamento de indemnizações. Finalmente, retirando o conhecimento de direitos subjectivos aos tribunais comuns para os confiar aos tribunais administrativos, alteram-se os prazos de impugnação do acto, encurtando-os drasticamente. ⁽⁷⁷⁾

Limite do recurso continua a ser a existência de um acto administrativo lesivo de posições jurídicas subjectivas, quaisquer que sejam, viciado na legalidade e, eventualmente, também no mérito, não podendo o juiz exceder os seus poderes de anulação ou de revogação, salvos os casos em que também detenha competência de mérito, em que os seus poderes são alargados à substituição ou reforma do acto viciado. Por último, enquanto que o Conselho de Estado não podia pronunciar sentenças de condenação (fora dos casos de condenação nas custas do processo), com a criação dos TAR pela Lei 1034, de 6 de Dezem-

⁽⁷⁵⁾ De notar, contudo, que os arts. 7.º III da LAR e 30.º II da LCdS ressalvam algumas questões conexas com o objecto da lide, entre as quais sobressaem as que respeitem ao estado e à capacidade jurídica dos particulares.

⁽⁷⁶⁾ VIRGA, «La Tutela...», p. 177 («*qual fosse a natureza da posição jurídica invocada.*»)

⁽⁷⁷⁾ Cfr. ZANOBINI, «Corso...», II, p. 234 e LAVAGNA, «Istituzione...», p. 1011.

bro de 1971, estes e o Conselho de Estado (LTAR, 28º. IV) podem actualmente, nos casos de jurisdição exclusiva, condenar a Administração no pagamento de somas de que resulte devedora (LTAR, 26º: III); não assim para o pagamento de indemnizações.

18. Tribunais Administrativos Especiais ⁽⁷⁸⁾

Conjuntamente com os tribunais comuns e os tribunais administrativos, cujos critérios de atribuição de competências já enunciámos, existem outros órgãos jurisdicionais — os tribunais administrativos especiais, também eles sendo órgãos subjectivamente administrativos ⁽⁷⁹⁾ ⁽⁸⁰⁾. Estes são criados tendo em vista a tutela de posições jurídicas dos particulares afectados por actos administrativos, mas a sua jurisdição encontra-se limitada a determinadas categorias de controvérsias, nas quais a Administração participa como parte. Daqui resulta, por um lado, que o critério de atribuição de competências não se baseia no conteúdo da posição jurídica subjectiva violada (direito ou interesse) e, por outro lado, que essa definição de competências resulta da enumeração legal taxativa das matérias confiadas ao seu conhecimento. Do facto fica dito resulta que os elementos caracterizadores da jurisdição administrativa especial são a sua qualificação como órgão jurisdicional, a especificidade das matérias que são

⁽⁷⁸⁾ Para um maior aprofundamento da presente matéria, v. SANDULLI, «Manuale...», pp. 1017 a 1039; ZANOBINI; «Corso...», II, pp. 345-423; ALESSI, «Principii...», pp. 934-946 e 955-982; LAVAGNA, «Istituzioni...», pp. 1022-1026; VIRGA, «La Tutela...», pp. 463-512; GUICCIARDI, «La Giustizia...», pp. 375-424; NIGRO, «Trasformazioni...», pp. 9-11.

⁽⁷⁹⁾ Em sentido amplo, são também especiais o Conselho de Estado e os Tribunais Administrativos Regionais, muito embora desempenhem atribuições que lhes são genericamente atribuídas.

⁽⁸⁰⁾ Como se deixou já mencionado no Cap. II, a Constituição Italiana (VI disposição transitória) mandou que o legislador ordinário revisse os tribunais especiais existentes, de acordo com os princípios e as garantias da organização judicial contidos na Lei Fundamental. Simultaneamente, impedia a criação de novas jurisdições. Assim, o legislador constituinte pretendeu, repetidamente, impedir o recurso a tribunais especiais como forma de diminuir as garantias dos cidadãos e privilegiar a Administração (SANDULLI), normalizar o número de tribunais especiais que, em certo momento da História italiana (o Fascismo), ultrapassou os trezentos (COSTA), e evitar que o princípio da jurisdição ordinária fosse subvertido em termos tais que a competência dos tribunais comuns passasse a ser residual face às sucessivas leis especiais de atribuição de competências a tribunais especiais (ALESSI).

confiadas à sua competência e o seu carácter de órgão subjectivamente administrativo.

De entre as jurisdições especiais, a doutrina habitualmente restringe o seu estudo a duas: o Tribunal de Contas e o Tribunal das Águas Públicas. É, igualmente, a estes que dedicaremos maior atenção, mesmo assim breve.

O Tribunal de Contas tem competência para conhecer da responsabilidade dos funcionários e agentes do Estado (I Secção jurisdicional) e dos recursos em matéria de pensões civis e militares (II e III Secções). Quanto aos poderes dos juizes do Tribunal de Contas, a jurisprudência entende que lhes são aplicáveis as regras contidas nos arts. 4.º e 5.º da LAC.

O Tribunal das Águas Públicas tem competência genérica para apreciar vícios de legalidade dos actos administrativos que tenham por objecto a gestão dos recursos públicos de águas. Excepcionalmente, este Tribunal conhece também de vícios de mérito.

Uma palavra, ainda, sobre as Comissões Tributárias, às quais é confiada a resolução de controvérsias surgidas entre os particulares (contribuintes) e a Administração fiscal, depois de durante largos anos não ter sido pacífica a natureza destas Comissões.

Para além destes tribunais especiais que assumem particular relevo e atenção na doutrina italiana, pela extensão das competências que lhes são conferidas, pela importância que estas assumem na vida jurídica italiana, e pelo elevado número de controvérsias que lhes são submetidos, encontramos inúmeros outros tribunais especiais, como sejam, por exemplo, aqueles que conhecem dos litígios sobre expropriação e requisição por utilidade pública, dos recursos sobre a atribuição de patentes de invenção, das controvérsias sobre a construção de habitação social, entre outros ⁽⁸¹⁾.

⁽⁸¹⁾ SANDULLI («Manuale...», pp. 1029-1032); ZANOBINI («Corso...», II, pp. 416-423); GUICCIARDI («La Giustizia...», pp. 414-424), LAVAGNA («Istituzioni...», p. 1025) indicam outros tribunais especiais referindo-se-lhes com ou maior pormenor.



BIBLIOGRAFIA

- ALESSI, Renato, «*Principi di Diritto Amministrativo*», 4^a ed., Milano, Dott. A. Giuffrè Ed., 1978
- AMARAL, D. Freitas, «*Direito Administrativo*», (polic.), Lisboa, 1984
«*Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*», Coimbra, Atlantida Ed., 1981
- ANDRIOLI, Virgilio, «*Commentario al Codice di Procedura Civile*», Napoli, Casa Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1957
- BACHELET, V., «*La Giustizia Amministrativa nella Costituzione Italiana*», Milano, Dott. A. Giuffrè Ed., 1966
- BENVENUTI, Feliciano, «*Appunti di Diritto Amministrativo (Parte Generale)*», 4a. ed., Padova, Cedam, 1959;
«*Autotutela*», in «*Enciclopedia del Diritto*», IV, Milano Dott. A. Giuffrè Ed.;
«*Consiglio di Stato*» in «*Enciclopedia del Diritto*», IX, Milano, Dott. A. Giuffrè Ed.
«*Giustizia Amministrativa*», in «*Enciclopedia del Diritto*», Milano, Dott. A. Giuffrè Ed. (vol. XIX)
- BOSCO, M., «*Natura e Fondamento del Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica*», Milano, Dott. A. Giuffrè Ed., 1959
- BOZZI, Carlo, «*Diritto Subiettivo e Interesse*», in «*Nuovo Digesto Italiano*», IV, Torino, UTET, 1938;
«*Interesse e Diritto*» in «*Novissimo Digesto Italiano*», VII, Torino, UTET, 1962
- CAETANO, Marcello, «*Manual de Direito Administrativo*», 3a. ed., Coimbra, Almedina, 1983
«*Tendências do Direito Administrativo europeu.*», in «*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*», 1976, vol. XXI
- CANADA-BARTOLI, «*Interesse (Diritto Amministrativo)*», in «*Enciclopedia del Diritto*», XXII, Milano, Dott. A. Giuffrè Ed., 1972

- CAPACCILOLO, Enzo, «Unità della Giurisdizione e Giustizia Amministrativa», in «Rivista di Diritto Processual», Padova, 1972 (XXVIII)
- CASSARINO, Sebastiano, «Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile», in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», Milano, Giuffrè Ed., Anno XXXIX, n.º 4 (Dez. 1985)
- COSTA, Sergio, «Manuale di Diritto Processual e Civile», 4.ª ed., Torino, UTET, 1973
- DANIELE, Nicola, «Consiglio di Stato (ordinamento)», in «Enciclopedia del Diritto», IX, Milano, Dott. A. Giuffrè
- FRANCHI, Giuseppe, «Contenzioso Amministrativo», in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Dott. A. Giuffrè Ed.
- GUICCIARDI, Enrico, «Consiglio di Stato», in «Novissimo Digesto Italiano», Torino, UTET;
«La Giustizia Amministrativa», Padova, Cedam, 1957
- JARICI, P., «Il Ricorso Gerarchico Improprio», Milano, Dott. A. Giuffrè Ed.; 1970
- LANDI, Guido, «Consiglio di Stato (storia)», in «Enciclopedia del Diritto», IX, Milano, Dott. A. Giuffrè Ed.
«Riforma della Giustizia Amministrativa; Regolamenti di Disciplina Militare», in «Il Foro Amministrativo e delle Acque Pubbliche», Milano, 1972, 3 (XLVIII)
- LAVAGNA, Carlo, «Istituzione di Diritto Pubblico», 5a. ed., Torino, UTET, 1982
- MENDES, J. Castro, «Direito Processual Civil», (polic.), Lisboa, AAFDL, 1980
- MORTARA, Ludovico, «Manuale della Procedura Civile», Torino, UTET, 1926
- NIGRO, Mario, «Giustizia Amministrativa», 3.ª ed., Bologna, Il Mulino, 1983;
«Trasformazione dell'Amministrazione e Tutela Giurisdizionale Differenziata», in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», Milano, 1980, 1 (XXX)
- PEREIRA, A. Gonçalves, «Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo», Lisboa, Ed. Ática, 1962
- ORLANDO, V. E., «Principii di Diritto Amministrativo», Firenze, G. Barbéra Ed., 1908;
«Principii di Diritto Costituzionale», Firenze, G. Barbéra Ed., 1905
- QUARANTA, A., e GRASSO, G., «I Ricorsi Amministrativi», Milano, Dott. A. Giuffrè Ed., 1981
- ROCCA, Ugo, «Trattato di Diritto Processuale Civile», Torino, UTET, 1957

- SATTA, Salvatore, «*Commentario al Codice di Procedura Civile*»
- SILVA, V. Pereira, «*Natureza Jurídica do Recurso de Anulação*», Coimbra, Almedina Ed., 1985
- VITAL, Fezas, «*Garantias Juridicionais de Legalidade na Administração Pública: França, Inglaterra e Estados Unidos, Alemanha, Itália, Suíça, Espanha e Brasil*», Coimbra, 1931
- ZABONINI, Guido, «*Corso de Diritto Amministrativo*», Milano, Dott. A. Giuffré Ed., 1958 (8.^a ed.).
- «*Scritti Vari di Diritto Pubblico*», Milano, Dott. A. Giuffré Ed., 1955
- ZANOBINI, Luciano, «*Codice delle Leggi Amministrative*», Milano, Dott. A. Giuffré Ed., 1982
- VARELA, J. M. Antunes, «*Manual de Processo Civil*», Coimbra, Coimbra Ed., 1985
- VIRGA, Pietro, «*La Tutela Giurisdizionale nei Confronti della Pubblica Amministrazione*», 3.^a ed., Milano, Dott. A. Giuffré Ed., 1982

ÍNDICE

VII CONFERÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS

Nota introdutória	9
Palavras de Sua Excelência o Presidente do Tribunal Constitucional na sessão de abertura da Conferência	13
Palavras de Sua Excelência o Presidente da República	19
Comunicado final da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus	23
Schlusskommunikat	26
Communiqué final	29
Closing Statement	33
A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas — Relatório Geral	
<i>José Manuel M. Cardoso da Costa</i>	37
Die verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen in Bezug auf arten, inhalt und wirkungen der entscheidungen uber die verfassungsmassigkeit von rechtsnormen — Hauptbericht	
<i>José Manuel M. Cardoso da Costa</i>	77

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 de normes juridiques — Rapport Général

José Manuel M. Cardoso da Costa 119

Constitutional Jurisdiction in the context of State powers, as regards the modalities, contents and effects of decisions on the Constitutionality of juridical rules — General Report

José Manuel M. Cardoso da Costa 155

DIREITO COMUNITÁRIO

A livre circulação de pessoas, serviços e capitais

José Paulo Gonçalves de Oliveira 197

Decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades

- * *Jean Reyners versus Etat Belge* (Processo 2/74, Acórdão de 21 de Junho de 1974) 241
- * *C.A. Bousignore versus Oberstadtdirektor der Stadt Koln* (Processo 67/74, Acórdão de 26 de Fevereiro de 1975) 247
- * *J. H. M. Van Binsbergen versus Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de metaal — nijverheid* (Processo 33/74, Acórdão de 3 de Dezembro de 1974) 250
- * *B.N.O. Walrave, L. J. N. Koch versus Association Union Cycliste International, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federation español ciclismo* (Processo 36/74, Acórdão de 12 de Dezembro de 1974) 254
- * *L. Watson et Alessandro Belmann* (Processo 118/75, Acórdão de 7 de Julho de 1976) 258

* Roland Rutili <i>versus</i> Ministre de L'Intérieur (Processo 36/75, Acórdão de 28 de Outubro de 1975)	262
* Jean Noel Royer (Processo 48/75, Acórdão de 28 de Abril de 1976)	269
* Procureur du Roi <i>versus</i> Marc J. V. C. Debauve et autres (Processo 52/79, Acórdão de 18 de Março de 1976)	278
* J. Thieffry <i>versus</i> Conseil de L'Ordre des Avocats a La Cours de Paris (Processo 71/76, Acórdão de 28 de Abril de 1976)	283
* C. Sagulo, G. Genca et A. Bakhovche (Processo 8/77, Acórdão de 14 de Julho de 1977)	287
* R. H. Patrick <i>versus</i> Ministre des Affaires Culturelles (Processo 11/77, Acórdão de 28 de Junho de 1977)	293
* J. Knoors <i>versus</i> Secretaire d'Etat aux Affaires Economiques (Processo 15/78, Acórdão de 7 de Fevereiro de 1979)	296
* Regina <i>versus</i> Pierre Bochereau (Processo 30/77, Acórdão de 27 de Outubro de 1977)	300
* R. Adoni <i>versus</i> Etat Belge et ville de Liège; D. Cornuaille <i>versus</i> État Belge (processo 115 e 116/81, Acórdão de 18 de Maio de 1982)	305

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 106 a 110.

* Feldbruge contra a Holanda	315
------------------------------	-----

* Deumeland contra a Alemanha Federal	317
* Van Marle e outros contra a Holanda	319
* Lithgow e outros contra o Reino Unido	321
* Bonisch contra a Áustria	324

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Sumário e texto da decisão proferida no Caso Monnell e Morris contra o Reino Unido	325
--	-----

Comissão Europeia dos Direitos do Homem

Sumário e texto da decisão proferida no Caso Lars Bramelid e Anne-Marie Malström contra a Suécia	360
--	-----

Comité de Ministros

Sumário e texto da Resolução DH (86)3 no caso Pierre Pannetier contra a Suíça	379
---	-----

Texto da Recomendação R (86)13 relativa à aplicação prática da Convenção europeia de extradição relativa à detenção com vista à extradição	381
--	-----

ESTUDOS

As garantias de defesa jurisdicional dos particulares contra actuações do poder executivo na Alemanha	
<i>Maria da Glória Ferreira Pinto</i>	385
O Contencioso Administrativo em Espanha	
<i>José Ribeiro e Castro</i>	467
O Contencioso Administrativo em Itália	
<i>Henrique José de Moura Moreira Mota</i>	501

Assinaturas podem ser pedidas a
Subscriptions may be addressed to
Abonnements pourront être adressés à

GABINETE DE GESTÃO FINANCEIRA — MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
PRAÇA DO COMÉRCIO — 1000 LISBOA — PORTUGAL

A restante correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a
Other communications concerning this Review shall be addressed to
Toute autre correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
RUA DA ESCOLA POLITÉCNICA, 140-4.º — 1200 LISBOA — PORTUGAL
(Tel. 67 28 62 / 67 47 79) — Telex 42701 PROCUR P

Composto
e impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
Lisboa