

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

*Professor Emeritus at the Central University of Venezuela; Simón Bolívar
Professor at the University of Cambridge and Fellow of Trinity College (1985-1986);
Invited Professor at the University of Paris II (1990) and Adjunct Professor at Columbia
University in New York (2006-2008);
Titular Member of the International Academy of Comparative Law, where he served as
Vice President (1982-2010).*

COMPARATIVE PUBLIC LAW

*(Comparative Constitutional Law and
Comparative Administrative Law)
Contributions to the International Academy
of Comparative Law
1966-2022*

Serie
Estudios
N° 155



Academia
de Ciencias Políticas
y Sociales



EDITORIAL
JURÍDICA
VENEZOLANA
INTERNATIONAL

2024

COMPARATIVE PUBLIC LAW
(Comparative Constitutional Law and Comparative Administrative Law)
Contributions to the International Academy of Comparative Law 1966-2022

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

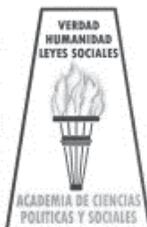
Professor Emeritus at the Central University of Venezuela; Simón Bolívar
Professor at the University of Cambridge and Fellow of Trinity College (1985-1986);
Invited Professor at the University of Paris II (1990) and Adjunct Professor at
Columbia University in New York (2006-2008);
Titular Member of the International Academy of Comparative Law,
where he served as Vice President (1982-2010).

COMPARATIVE PUBLIC LAW

*(Comparative Constitutional Law and
Comparative Administrative Law)*

*Contributions to the International Academy of
Comparative Law*

1966-2022



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

 **editorial jurídica venezolana
internacional**

2024

B758

Brewer-Carías, Allan R.

Comparative Public Law (Comparative Constitutional Law and Comparative Administrative Law) Contributions to the International Academy of Comparative Law 1966-2022 / Allan R. Brewer-Carías. - Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Editorial Jurídica Venezolana International, 2024.

710 p.

Serie Estudios, 155

ISBN: 979-8-89480-619-8

1. DERECHO PÚBLICO COMPARADO 2. DERECHO CONSTITUCIONAL
COMPARADO 3. DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO I. Título

© Allan R. Brewer-Carías
allanbrewercarias@gmail.com
<http://www.allanbrewercarias.com>

ISBN: 979-8-89480-619-8

Printed by: Lightning Source, an INGRAM Content Company
Distributed by: Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.

Email: editorialjuridicainternational@gmail.com

Format, Composition and Editing by: Mirna Pinto

Font: Times New Roman, 11. Line Spacing: 12

Text dimension: 18 x 11.5. Book dimension: 19.5 x 13



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

*Junta Directiva
Período 2023-2024*

Presidente:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Secretario:	<i>Gerardo Fernández Villegas</i>
Tesorero	<i>Salvador Yannuzzi Rodríguez</i>
Bibliotecario:	<i>Juan Cristóbal Carmona Borjas</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Guillermo Gorrín Falcón
Margarita Escudero León (<i>e</i>)	James-Otis Rodner
Juan Carlos Pró-Rísquez	Ramón Escovar León
José Muci-Abraham	Román J. Duque Corredor (+)
Enrique Urdaneta Fontiveros	Gabriel Ruan Santos
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	Carlos Ayala Corao
León Henrique Cottin	César A. Carballo Mena
Allan Randolph Brewer-Carías	Julio Rodríguez Berrizbetia
Eugenio Hernández-Breton	Magaly Vásquez González
Carlos Eduardo Acedo Sucre	Héctor Faúndez Ledesma
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert (+)
Humberto Romero-Muci	Luis Guillermo Govea U.,h
Ramón Guillermo Avelado	Oscar Hernández Álvarez
Pedro Rondón Haz (<i>e</i>)	Fortunato González Cruz
Colette Capriles Sandner (<i>e</i>)	Luis Napoleón Goizueta H.
Naybe Chacón Gómez (<i>e</i>)	

CONTENTS

A FEW WORDS OF CELEBRATION	11
-----------------------------------	----

General Reports

§ 1. LE RÉGIME DES ACTIVITÉS INDUSTRIELLES ET COMMERCIALES DES POUVOIRS PUBLICS EN DROIT COMPARÉ, VII CONGRES, UPPSALA, SWEDEN, AUGUST 1966	17
§ 2. LES LIMITES A LA LIBERTE DE INFORMATION EN DROIT COMPARÉ (PRESSE, RADIO, CINÉMA, TÉLÉVISION), VIII CONGRES, PESCARA, ITALY, AUGUST 1970	123
§ 3. REGIONALIZATION IN ECONOMIC MATTERS IN COMPARATIVE LAW, IX CONGRESS, TEHRAN, IRAN, AUGUST 1974	153
§ 4. LA DÉCENTRALISATION TERRITORIALE. AUTONOMIE TERRITORIALE ET RÉGIONALISATION POLITIQUE EN DROIT COMPARE, XI CONGRES, CARACAS, VENEZUELA, AUGUST 1982	175
§ 5. LES PROTECTIONS CONSTITUTIONNELLES ET LEGALES CONTRE LES IMPOSITIONS CONFISCATOIRES EN DROIT COMPARE, XIII CONGRES, MONTREAL AUGUST 1990	195
§ 6. CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS OF REGIONAL ECONOMIC INTEGRATION, XVIII CONGRESS, BRISTOL, UK, JULY 1998	221
§ 7. CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW, XVIII CONGRESS, WASHINGTON, USA, JULY 2010	293
ADDENDUM. SYNTHESIS REPORT: CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW	457

National Reports

- § 1. *The limits to discretionary power of administrative authorities (Límites al poder discrecional de las autoridades administrativas)*, National Report to the VII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law Law Faculty, University of Uppsala, Sweden August 1966 491
- § 2. *El régimen de competencia entre Empresas Públicas y Empresas Privadas en el Sistema Económico Venezolano*, National Report to the X International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Budapest, August 1978 513
- § 3. *Venezuelan centralism and the requirements of political decentralization (El centralismo venezolano y las exigencias de la descentralización política)* National Report to the XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Academia Internacional de Derecho Comparado, Caracas, septiembre de 1982 541
- § 4. *Standing to Rise Constitucional Issues in Venezuela*, National Report for the XVI International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Brisbane, Australia, Julio 2002 555
- § 5. *Migration Law in Venezuela and Its Applicability in the Context of an Authoritarian Regime*, National Report on the Legal Situation of Migrants in Venezuela, for the XVII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006 577
- § 6. *Venezuela: The End of Federalism? (In coauthor ship with Jan Kleinheisterkamp)*, National Report on Venezuela for the Congress on “Uniform Law and its impact on National Laws and Possibilities”, Intermediary Congress of the International Academy of Comparative Law, on, Ciudad de México 13-15 November 2008 603
- § 7. *Social Rights As Fundamental Rights And Their Justiciability*. National Report for the XIX International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014 625
- § 8. *The Government of Judges and Democracy. The Tragic Institutional Situation of the Venezuelan Judiciary*, National Venezuelan Report for the XIX International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014 643
- § 9. *Administrative Silence and the General Rules of Administrative Procedure In Venezuela*, National Report for the XXI International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law Asunción, Paraguay, July 2022 675

A FEW WORDS OF CELEBRATION

This book is my personal homage for the *Centennial* of the *International Academy of Comparative Law*, to its accomplishments since its foundation in 1924, in promoting the study and development of comparative law, which, after being initially considered a “young discipline,” has subsequently been recognized as a separate discipline or branch of law, spreading the significance of applying the comparative method for the study of law.

Comparative Law has undoubtedly contributed to the improvement of national legal institutions in each of our countries, as well as to the development and consolidation, in the last decades, of inter states relations, transnational law and even global law.

I have had the privilege of being part of the International Academy during sixty of its one hundred years of existence, having participated in many of its Congresses. I even organized myself the one held for the first time in the Americas, in Caracas in 1982.

Since the Uppsala Congress held in 1966, I have written seven Comparative Law General Reports on matters of Administrative Law and Constitutional Law, for seven of the Congresses, and many other National Reports on the same matters. And since the Caracas Congress held in 1982, I served for almost thirty of its hundred years as Vice President of the Academy, until 2010.

It has been, no doubt, a long journey, which I have enjoyed, because it gave me the opportunity of being permanently working and involved in comparative law, a discipline that I began to cultivate when following my postgraduates’ studies at the *Université de Paris* in 1962-1963. It was the same year during which, precisely applying the comparative law method, I wrote my Doctoral Thesis for the Central University of Caracas, (*Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolanas*). Since those times, and once back in Venezuela, I continued my academic activity always bearing in mind the comparative approach, and began my personal relations with professors, researchers and lawyers of many counties and Universities. That also allowed me to establish very rich institutional relations between European Universities and our Universities in Latin America, having being invited to teach Courses and give Lectures on matters in comparative law in Cambridge, 1985-1986 (*Judicial Review in Comparative Law*), Paris 1989-1990 (*Administrative Procedure in Comparative Law*), and New York, 2006-2008 (*Constitutional Judicial Protection of Human Rights in Comparative Law*).

As aforementioned, it has been a long journey, and precisely to celebrate it, is that I have decided to publish this book whereas I am including all my written academic contributions to the International Academy of Comparative Law. As such, this book contains the text of each of the General Reports I submitted to the Congresses of the Academy held in: *Uppsala*, August 1966; *Pescara*, August-September 1970; *Tehran*, August-September 1974; *Caracas*, August-September 1982; *Montreal*, August 1990; *Bristol*, July-August 1998; and *Washington*, July 2010; as well as all the Venezuelan National Reports I wrote and sent to the Academy for its consideration by the respective General reporters in many other Congresses.

As mentioned, the first General Report I wrote for a Congress of the International Academy of Comparative Law was in 1966, when I was asked by the Academy to write the Comparative Law General Report on the subject: Legal regulations referred to the commercial and industrial activities of the State (*Le régime des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publiques*), submitted to the VII International Congress of Comparative Law, that was held in Uppsala, Sweden, in August 1966.

On that occasion, in fact, it was Professor Robert Goldschmidt, a very well-recognized commercial law professor and comparatist lawyer, who was originally appointed by the Academy to write the Report. At that time, he was the head of the Private Law Institute of the Central University of Venezuela and head of the Comparative Law Center of the Ministry of Justice. He realized, of course, that the subject assigned to him to deal with as a General Reporter, although referred to commercial activities, was not really a subject of private commercial law but of public law, specifically of administrative law, relating to the industrial and commercial activities accomplished by the State, basically through Public Corporations and State-Owned Enterprises.

We were both full-time professors at the Central University of Venezuela, and despite the age difference, we had a close academic relation, so he asked me to allow him to propose my name to the Academy, instead of his own, to write the General Report. He did not want to just decline the assignment, which he considered had been entrusted to him as a Latin America professor (although he was a German academic who had arrived to our country after the Second World War). He wanted the General Report to be written by other Latin American professor, being such the reason explaining his decision to propose me to accomplish the task.

It was then, thanks to Professor Goldschmidt, that my name was proposed to the Academy, for which he sent my CV (in which he deliberately omitted my year of birth). At that time, although already with doctoral degree, with academic tenure won by competitive examination, and with a few books and articles already published, I still was a very young professor of 25 years old, and he did not want this to prevent my appointment to write the General Report for the Uppsala Congress.

Being appointed, I wrote an extensive Comparative Administrative Law General Report on the subject of “Public Enterprise in Comparative Law,”¹ which was welcomed with distinction, being encouraged to publish it as a separate book. That work also allowed me to begin a very close relation with the Academy and all the very distinguished comparatist lawyers with whom I developed close friendships and long-standing academic relations.

That was the time, for instance, of professors Gabriel Marty, C.J. Hamson, John Hazard, Anthony Jolowicz, and Roland Drago, among others, who privileged me with their friendship. As aforementioned, the Uppsala General Report was very well appreciated by those who participated in the Congress; and particularly professors Drago and Hazard encouraged its publication as a book. Consequently it was published in French, in Paris, with a foreword by Professor Roland Drago of the University of Paris, with the title: *Les entreprises publiques en droit comparé* by the *Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé*, Paris 1968; and in Spanish, with a foreword of professor John Hazzard of the University of Columbia, with the title: *Las empresas públicas en el derecho comparado*, by the Universidad Central de Venezuela, Caracas 1967.

In subsequent Congresses, I was also appointed General Reporter for different other subjects: *Les limites a la liberté d'information (presse, radio, cinema et télévision)*, for the VIII International Congress of Comparative Law, in Pescara, Italy, August–September 1970;² *Regionalization in Economic Matters*, for the IX International Congress of Comparative Law, in Tehran, August–September 1974;³ *La décentralization territoriale, autonomie territoriale et régionalization politique*, for the XI International Congress of Comparative Law, in Caracas, August–September 1982;⁴ *Les limitations constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires*, for the XIII International Congress of Comparative

1 See Allan R. Brewer-Carías, “Le régime des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics en droit comparé,” in *Rapports Généraux au VIIe Congrès International de Droit Comparé, Acta Instituti Upsaliensis Jurisprudentiae Comparativae*, Stockholm 1966, pp. 484-565.

2 See Allan R. Brewer-Carías, “Las limitaciones a la libertad de información en el derecho comparado (prensa, radio, cine y televisión),” *Revista Orbita*, Nos. 5-6, Caracas 1973, pp. 55-88.

3 See Allan R. Brewer-Carías, “Regionalization in Economic Matters in Comparative Law,” in *Rapports Generaux au IX Congrès International de Droit Comparé, Teherán 1974*, Brussels 1977, pp. 669-696.

4 See Allan R. Brewer-Carías, “La descentralización territorial: Autonomía territorial y regionalización política,” en *Revista de Estudios de la Vida Local*, N° 218, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, April–June 1983, pp. 209–232.

Law, in Montreal, August 1990;⁵ *Constitutional Implications of Regional Economic Integration*, for the XV International Congress of Comparative Law, in Bristol, United Kingdom, July-August 1998;⁶ and *Constitutional Courts as Positive Legislators*, for the XVIII International Congress of Comparative Law, in Washington, United States, July 2010.⁷

All the General Reports, except the last one, were included in my book *Études de droit public compare*, published in 2000 by Bruylant in Brussels (1182 pp.), with all my other studies and courses on Comparative Public Law previously written. Professor Roland Drago, then Secretary General of the Academy wrote the Preface to that book, whereas he made very generous comments about my work, which I deeply appreciate again.

He also made some general reflections referring to our discipline of comparative law and, in particular, to comparative public law, that is worth remembering on the occasion of the Centennial celebration of the Academy. He wrote, twenty five years ago, in 2000:

«Le Professeur Allan R. Brewer-Cariás est considéré depuis longtemps comme un des comparatistes les plus distingués de son époque. Il faut avoir vu son immense bureau dans sa maison sur les hauteurs qui dominent Caracas et les bibliothèques contenant des ouvrages juridiques de toutes époques et de toutes origines pour mesurer la qualité de son information, son ardeur au travail et la valeur de son activité scientifique.

Le comparatisme est souvent considéré comme une discipline attirant surtout des spécialistes du droit privé. Il est vrai que le droit privé présente dans tous les pays, même ceux de Common Law, une relative unité qui facilite quelque peu la comparaison, au moins au départ du raisonnement. Le droit public, au contraire, quand son existence est reconnue, comporte une réelle spécificité selon les pays ou les systèmes. La comparaison est donc plus difficile mais les diversités excitent l'esprit et suscitent la curiosité. Les grands comparatistes publicistes furent donc moins nombreux, même si l'on pense aux magnifiques constitutionnalistes américains et, pour l'Europe, en ne citant que les disparus, toute l'école allemande de la fin du XIXème siècle et encore Adhëmar Esmein (qui était d'ailleurs un esprit universel), Edouard Lambert ou

5 See Allan R. Brewer-Cariás, “Les protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires,” *Rapports Généraux XIIIe Congrès International*, Académie Internationale de Droit Comparé, Montreal 1990, pp. 795–824.

6 See Allan R. Brewer-Cariás, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Cariás de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal, Caracas 1998.

7 See Allan R. Brewer-Cariás, *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge University Press, 2010, 934 pp. (The book includes all the National Reports received).

Walter Ganshof Van Der Meersch.

*C'est dans cette lignée que se situe Allan R. Brewer-Carías. Il faut lui savoir gré d'avoir voulu publier ensemble, sous le titre *Etudes de droit public comparé et en les coordonnant, des travaux qu'il a entrepris depuis plus de trente ans en langue française et anglais, et qui sont, soit des rapports généraux présentés aux Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, sous l'égide de laquelle est publié l'ouvrage, soit des rapports rédigés à l'occasion d'autres rencontres internationales, soit des cours donnés dans des universités françaises (Paris II et Aix-en-Provence) et britanniques (Cambridge), soit à la Faculté internationale de droit comparé (Strasbourg). Le juriste français se félicitera de constater que la plupart de ces études ont été écrites dans sa langue. On parle souvent de déclin de la langue française dans les travaux scientifiques à portée internationale. Allan R. Brewer-Carías nous montre que ce déclin est très relatif car il a choisi de publier son livre en donnant la prédominance à la langue française et chez un éditeur prestigieux de langue française.**

*[...] Avec le livre d'Allan R. Brewer-Carías, le droit public comparé gagne ses lettres de noblesse. En 1.182 pages, c'est un véritable *Traité* manifestant l'universalité de la culture et la puissance d'analyse d'un grand juriste.»*

In addition to the General Reports, during the past 60 years I have also written numerous Venezuelan National Reports on administrative and constitutional law subjects for the Congresses of the Academy, sending them to the respective General Reporters for their comparative work (Uppsala 1966, Budapest 1978, Caracas 1982, Brisbane 2002, Utrecht 2006, Mexico 2008, Vienna 2014 and La Asunción 2022). All those Venezuelan National Reports are also included in this book, with the same purpose of celebrating the centennial of the International Academy of Comparative Law.

The relations of the Venezuelan academic community with the International Academy was initially conducted by the Public and Private Law Institutes of the Central University of Venezuela, and subsequently by the Venezuelan Academy of Political and Social Sciences (*Academia de Ciencias Políticas y Sociales*), which for the past decades has acted as the Venezuelan National Section of the International Academy. That is why this book is published in the Collection of the Venezuelan Academy of Political and Social Sciences, the most important academic institution in Venezuela, of which I am honored to be a Member since 1978.

New York, October 2024

**GENERAL REPORTS TO
THE INTERNATIONAL ACADEMY
OF COMPARATIVE LAW
CONGRESSES.**

**Uppsala, Pescara, Teheran, Caracas,
Montreal, Bristol, Washington
(1966-2010)**

§ 1. LE RÉGIME DES ACTIVITÉS INDUSTRIELLES ET COMMERCIALES DES POUVOIRS PUBLICS EN DROIT COMPARÉ

**Rapport Général au VII^{ème} Congrès
international de droit comparé, Académie
international de droit comparé, Uppsala, août
1966***

INTRODUCTION

1. Le sujet relatif au régime des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics,¹ bien qu'examiné sous un angle plus réduit, a déjà fait, en partie,

* Published in Rapports Généraux au VII^{ème} Congrès International de Droit Comparé Uppsala 6-13 août 1966, Acta Instituti Upsalensis Jurisprudentiae Comparative IX, Stockholm 1968, pp. 484-565. The text of the Report was also published as a book in French: *Les Entreprises Publiques en Droit Comparé* (Préface de Roland DRAGO), Association Internationale de Droit Comparé, Faculté pour l'enseignement du Droit Comparé, Faculté de Droit, Université Centrale du Vénézuéla, Paris 1968, 120 pp.; and in Spanish: *Las empresas públicas en el derecho comparado* (Prólogo de John N. HAZARD), Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas 1967, 202 pp. The text was also used for the Course of Lectures on Les Entreprises Publiques en Droit Comparé, the author gave at the Faculté Internationale pour l'enseignement de droit comparé (Deuxième cycle, Diplôme de Droit Comparé), Institut d'Etudes Judiciaires, Beyrouth, 24-28 septembre 1973.

1 Dans les notes, les abréviations suivantes ont été utilisées: *ICE*, *Información Comercial Española*, publiée par le Ministerio de Comercio (Servicio de Estudios), Madrid; *RAP*, *Revista de Administración Pública*, publiée par l'Institut d'Etudes

l'objet de discussions au *IV^{ème} Congrès international de droit comparé*, qui s'est tenu à Paris en août 1954.

A cette occasion, il y avait eu débat sur «le régime juridique des services industriels et commerciaux» probablement parce que, sous cet angle, la doctrine et la jurisprudence, trouvaient justification au sein du droit administratif, pour certains secteurs du phénomène de l'intervention de l'Etat dans la réalité économique; entre autres, il avait été conclu que:

Il n'est pas possible de soumettre totalement et dans tous les cas les dits services (publics industriels et commerciaux) au droit commun, sans le moindre règlement de droit public, et de les écarter complètement du droit privé. Leur régime est obligatoirement mixte. Dés maintenant, il va exister, et il en existe déjà, en effet, non seulement d'un pays à l'autre, mais dans le pays lui-même, d'une époque à l'autre ou d'une matière à l'autre, maintes catégories de formules diverses dans lesquelles, la proportion respective des éléments de droit privé et de droit public, et les points sur lesquels retombe leur application, sont variables. De ce fait, il se présente, inévitablement un grand danger d'incertitude et de manque de cohérence, et partant, pour ces raisons, ce problème s'avère encore plus obscur dans la mise en pratique².

2. Or, si face à face avec la réalité juridique des services industriels et commerciaux, dénommés ainsi services à gestion privée³, lesquels actuellement constituent seulement une partie de l'activité industrielle et commerciale de l'Etat, les conclusions du *IV^{ème} Congrès* parlaient de régime mixte, de variabilité, d'incertitude, et d'obscurité, en présence d'un sujet comme celui que nous voulons maintenant étudier comparativement, embrassant toutes les activités industrielles et commerciales des Pouvoirs Publics, c'est à dire, toutes celles dans lesquelles l'Etat

Politiques, Madrid; *RDP, Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, éditée par la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris; *RFD, Revista de la Facultad de Derecho*, Université Centrale du Vénézuéla, Caracas; *RIDC, Revue internationale de droit comparé*, éditée par la Société de Législation Comparé et la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris; *RISA, Revue internationale des sciences administratives*, éditée par l'Institut International des Sciences Administratives, Bruxelles; *IV CICFP, Compte rendu du IV Congrès International des Institutions Supérieures de Contrôle des Finances Publiques*, qui s'est tenu à Vienne en 1962, publié en cinq volumes et en quatre langues (allemand, anglais, français, espagnol).

Les rapports nationaux (*V. n° 5*) reçu d'Allemagne, d'Autriche, de Belgique, d'Espagne, des Etats-Unis, de Finlande, de France, et de Pologne, sont cités par le nom de leur auteur et l'indication du pays respectif.

2 *V. in Información Jurídica* (Ministerio de Justicia, Comisión de Legislación Extranjera) n° 138, Madrid, Nov. 1964, p. 938.

3 Cf. R. E. CHARLIER, «Les services publics industriels ou commerciaux en France», in *Etudes de droit contemporain*, Paris 1959, Vol. IV, p. 119.

assume une entreprise économique, et qui peuvent être ou non considérées comme services publics, la position initiale est certainement décourageante.

3. En effet, l'ampliation progressive et toujours plus rapide de la tâche des entreprises de l'Etat, en vue de satisfaire les besoins d'intérêt général, est un phénomène universel.

Dans le domaine des activités économiques particulièrement, la réaction contre le concept individualiste du 19^{ème} siècle, s'est fait sentir de façon appréciable, surtout dès la fin de la seconde décennie du siècle actuel, et, en forme plus accentuée, après la deuxième guerre mondiale; le dogme du libéralisme économique est en régression devant l'avance décisive des idées interventionnistes. Aujourd'hui donc, l'Etat se mêle plus ou moins intensivement aux activités de production et de distribution de biens; il régleme l'économie, la dirige et la contrôle, stimule par des moyens divers l'initiative privée, l'aide financièrement, plus particulièrement en ce qui concerne certains aspects de la vie économique, dont le développement est d'intérêt public.

Mis à part les divers instruments légaux au moyen desquels l'Etat dirige et contrôle l'activité économique des particuliers, les formes d'ingérence concrète, plus ou moins immédiate, par lesquelles l'Etat se charge des activités industrielles et commerciales qu'il a décidé d'assumer, se montrent actuellement très importantes étant donné leur amplitude. Cette ingérence réalisée actuellement systématiquement, remplace totalement l'activité traditionnelle de l'Etat à ce sujet, laquelle se réduisait à des actes d'intromission isolés, sporadiques ou occasionnels⁴.

En présence de cette situation, ainsi que l'observe Katzarov, la question de savoir si l'Etat doit ou non se dédier aux activités économiques, peut être considérée, dans l'état actuel des choses, comme prescrite. A l'époque actuelle, quels que soient les arguments d'ordre théorique ou pratique présentés en faveur de l'une ou de l'autre thèse, l'Etat se considère comme ayant le droit, et même, dans certains cas, l'obligation d'intervenir en matière d'économie⁵.

Avec l'apparition de l'activité administrative dans le domaine économique, toute la structure classique du droit administratif, s'est avérée insuffisante et il est ainsi devenu nécessaire d'introduire et d'ajouter aux activités administratives de police, d'aide de l'administration aux activités privées et de service public, une nouvelle

4 Cf. J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo», *RAP*, n° 3, 1950, p. 54; *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1964*, Caracas 1965, p. 18.

5 V. Konstantin KATZAROV, *Teoría de la nacionalización (El Estado y la propiedad)*, México 1963, p. 299.

catégorie conceptuelle: la notion de gestion économique proposée en Espagne par Villar Palasí et García de Enterría ⁶.

A ce sujet, Langrod a signalé très exactement qu'il:

Est bien connu que les classifications classiques, dans l'admiration desquelles toute une génération a été élevée, éclatent par suite de la pression des faits.

Le bouleversement récent de la structure cellulaire traditionnelle des administrations publiques, bouleversement dont l'entreprise publique est une des manifestations capitales, transforme de fond en comble les formes anciennes en fonction des changements de la mission administrative et en particulier de l'essor de la fonction prestataire, les formes nouvelles, hétérogènes, manquent d'esprit de symétrie et de sens des proportions, troublent l'ordre traditionnel en le désintégrant et en le décomposant; elles restent incoordonnées, portent les noms les plus divers, parfois trompeurs et ne correspondent à aucune catégorie conceptuelle préétablie ⁷.

Devant cette nouvelle réalité, comme le dit Villar Palasi, n'importe quelle solution qui prétende l'examiner sous la forme des catégories classiques, conduit inexorablement à l'une de ces deux voies

Ou bien déformer les anciens concepts, en leur enlevant importance et fécondité, ou encore, en refusant que le fait nouveau ne s'insère dans le cadre des notions anciennes, les laisser en dehors du droit administratif⁸. De là, la déformation du concept classique de service public et établissement public et en même temps l'essor du dénommé droit économique⁹.

4. Dans le présent Rapport général, nous désirons, en restant toujours dans le domaine du droit administratif, montrer les linéaments fondamentaux du régime des activités commerciales et industrielles de l'état au sein du droit comparé, mais afin de traiter un tel sujet, il est nécessaire de signaler expressément qu'il existe deux dangers principaux auxquels nous tenterons d'éviter: D'une part, la tendance à s'éloigner du droit positif en voulant résoudre le problème selon des perspectives

6 V. J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad ... », *loc. cit.* p. 60; E. GARCÍA ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP*, n° 17, 1955 p. 118; au contraire V. F. GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid 1954, pp. 140 et ss.

7 V. Georges LANGROD, «L'entreprise publique en droit administratif comparé», *RIDC*, 1956, p. 217.

8 Cf. J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial ... », *loc. cit.*, p. 61.

9 V. P. ex. J. L. de CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris 1954; R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, Paris 1950; Daniel MOORE MERINO, *Derecho económico*, Santiago de Chile 1962, pp. 45 et ss.

purement sociologiques, économiques ou politiques, et d'autre part, celle de résoudre le problème juridique selon une perspective partielle, c'est à dire en défendant une position déterminée¹⁰.

5. Mais, la systématisation de cette nouvelle réalité, du point de vue du droit administratif comparé, c'est à dire l'élaboration du régime juridique des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics au sein du droit comparé, se heurte à d'innombrables difficultés et dangers.

Tout d'abord, bien que le sujet dont est l'objet ce rapport général soit des plus intéressants en ce qui concerne le droit administratif contemporain, et bien qu'il ait donné lieu à divers travaux collectifs et comparatifs¹¹ ainsi qu'à des conférences et réunions internationales¹², en vue du *VII Congrès international de droit comparé*, le Rapporteur général n'a malheureusement reçu que les rapports nationaux, indiqués ci-après par ordre alphabétique des auteurs

Manuel Broseta Pont (Espagne), La Société Anonyme Publique unipersonnelle comme instrument de l'activité économique de l'Etat (25 pages).

Roland Drago (France), Le régime des activités commerciales et industrielles des pouvoirs publics (18 pages).

Maurice-André Flamme (Belgique), Le régime des activités commerciales et industrielles des pouvoirs publics en Belgique (132 pages).

John N. Hazard (Etats-Unis), Law Regulating the Commercial and Industrial Activity of Public Authorities in the United States of America (10 pages).

10 Cf. Manuel MEDINA ORTEGA, «Nacionalizaciones y acuerdos globales de indemnización», *RAP*, n° 40, 1963, p. 61.

11 V. W. FRIEDMANN, (ed.), *The Public Corporation: a Comparative Symposium*, Londres 1954; W. A. ROBSON (ed.), édition monographique de *ICE*, mars 1964, sur l'entreprise publique; *Administration*, Vol. II, n° I, 1954, (Irlande) édition monographique consacrée à quelques problèmes de l'entreprise publique; Georges LANGROD, «L'entreprise publique en droit administratif comparé», *RIDC*, 1956, pp. 213 et ss.; Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *ICE*, mars 1964, pp. 64 et ss.

12 V. A. H. HANSON (ed.), *Public Enterprise; a Study of its Organisation and Management in Various Countries*, Bruxelles 1955, (fondé sur les informations et rapports rédigés pour la réunion sur L'organisation et l'administration des entreprises publiques de caractère industriel, qui s'est tenu à Rangoon, 1954); ONU, *Some Problems in the Organisation and Administration of Public Enterprise in the Industrial Field* (Documents selected from the material prepared for a United Nations Seminar held in Rangoon from March 15th to March 26th, 1954), (54. ILH. I) New York 1954; Nikola BALOG, *L'organisation administrative des entreprises publiques*, Rapport pour la Table Ronde organisée à Varsovie par l'Institut International des Sciences Administratives, 22-27 juin 1964.

Tore Modeen (Finlande), Le régime des activités commerciales et industrielles des pouvoirs publics en Finlande (29 pages).

Gerhardt Plöchl (Autriche), *Die öffentliche Hand als Unternehmer* (20 pages).

Zygmunt Rybicki (Pologne), Le régime des activités commerciales et industrielles des Pouvoirs Publics (36 pages).

Klaus Vogel (Allemagne), *Die wirtschaftliche Betätigung öffentlicher Verwaltungsträger in Handel und Industrie und ihre rechtliche Regelung* (19 pages).

Le Rapporteur général a reçu également le rapport de M. S. *Giannini* (Italie), *Le régime des activités commerciales et industrielles des pouvoirs publics en Italie* (18 pages), quand ce Rapport général avait déjà été envoyé à Uppsala. Cependant, en ce qui concerne l'Italie, nous nous sommes référés à un travail du même auteur, publié à Caracas et ayant trait aux entreprises publiques.

Etant donné qu'il ne nous est parvenu qu'un rapport sur le régime juridique des activités industrielles et commerciales dans les pays socialistes (Pologne), il a été indispensable, afin de pouvoir réaliser le Rapport général comparatif, d'en combler les lacunes dans la mesure du possible. D'autre part, aucun rapport de pays d'Amérique Latine n'ayant été envoyé, les références qui en seront données se limiteront fondamentalement au Vénézuéla.

De plus, en ce qui concerne les rapports reçus, quelques-uns ont trait à un aspect partiel du sujet (Espagne) ou bien, n'étudient pas tous les points signalés dans les indications sommaires demandées au Rapporteur général et qui, évidemment, rendent d'autant plus difficile le travail comparatif (Pologne, Etats-Unis, Finlande).

6. Mais en plus de ces inconvénients de forme, le sujet qui va être étudié présente la grande difficulté de se trouver en présence d'une réalité dont l'amplitude et la dispersion sont considérables¹³. En se basant sur ce qui s'observe actuellement, Katzarov¹⁴ a signalé que, du point de vue du droit comparé, on ne peut dire que le législateur ait fait preuve de sens de continuité concernant la solution apportée au problème des formes des nouvelles entreprises qui réalisent des activités économiques au nom de l'Etat. Pour cela, il a été dit que les formes utilisées par l'Etat pour développer ces activités présentent «un cadre varié et étendu»¹⁵. De même, aux Etats-Unis on parle du «chaos», de la «jungle» dans l'organisation

13 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, pp. 1 et 16; KATZAROV, *op. cit.*, p. 32.

14 V. K. KATZAROV. *op. cit.*, p. 311.

15 V. Antonio BROCHADE DA ROCHA, «Rapport du Brésil», in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 99; Cf. A. H. HANSON (ed.), *Public Enterprise; a Study of its Organization and Management in Various Countries*, *cit.*; V. commentaire bibliographique de M. ALONSO OLEA, *RAP*, n° 19, 1956, p. 355.

administrative, de «l'anarchie» administrative¹⁶. En France, le Professeur Langrod signale que «notre pensée est, en effet, tellement attachée à la tradition structurelle qu'elle éprouve de grandes difficultés à s'accoutumer à l'existence de ces francs-tireurs, à caractère mi officiel et mi privé, sans affectation régulière et avec une certaine liberté d'action». Ainsi, ces diverses formes «bénéficiant de statuts légaux les plus différents et établis *casu ad casum*, souvent à titre temporaire seulement, disposent de toute une gamme de degrés d'autonomie quant à leur gestion et leurs finances et ne se laissent que difficilement insérer dans un cadre schématique»¹⁷.

7. Mais, jointe à toutes ces difficultés, l'étude des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics se heurte à celle qui se rapporte à l'inévitable décentralisation des dites activités, en relation avec la décentralisation des activités de l'Etat. Sous cette forme, on doit, non seulement étudier les activités économiques réalisées par l'Administration centrale ou parfois fédérale, mais encore les activités effectués par les autorités locales et régionales.

Cette situation se rencontre fréquemment en droit comparé.

En Pologne, par exemple, on distingue, en examinant la position des entreprises de l'Etat, au sein de sa structure, les «entreprises clés» et les «entreprises locales». Les premières sont dirigées par les organes supérieurs de l'Administration d'Etat, et elles règlent leurs comptes avec le budget central de l'Etat. Les entreprises régionales (communales, industrielles, de bâtiment et de construction, de transport, commerciales, produisant des services, etc.) sont subordonnées directement aux organes locaux du pouvoir d'Etat (aux conseils populaires) et, par conséquent, règlent leurs comptes avec les budgets des conseils populaires respectifs. Le critère de classification en entreprises clés et entreprises locales n'est pas strictement défini. Les entreprises clés, ce sont en principe les unités qui représentent un potentiel économique considérable et dont le but est de satisfaire les besoins sociaux dépassant le cadre régional. En déterminant leur situation en tant qu'entreprises clés, l'on prend en considération la nature et le volume de la production, le nombre de personnel, l'équipement technique, etc.¹⁸

En France, pour les collectivités locales, la possibilité de développer des activités commerciales et industrielles n'a pas toujours été définitive. En effet, la Loi des 2-17 mars 1791, telle que l'interprétait le Conseil d'Etat, interdisait aux collectivités locales de créer des entreprises économiques sauf lorsque la Loi les y obligeait ou les y autorisait (abattoirs, par exemple), ou en cas de circonstances exceptionnelles, lorsque la carence de l'initiative privée risquait d'avoir ou avait de graves conséquences, préjudiciables à la vie de la commune¹⁹. Jusqu'aux environs de

16 Cf. Georges LANGROD, «L'entreprise publique ...», *loc. cit.*, p. 217.

17 V. Georges LANGROD, «L'entreprise publique...», *loc. cit.*, p. 217.

18 V. Zygmunt RYBICKI, *Rapport polonais*, pp. 8 et 9.

19 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 92; R. DRAGO, *Rapport français*, p. 3.

1930, le Conseil d'Etat français se fit ainsi le défenseur du libéralisme économique dans son acceptation la plus étroite. Sans doute les décrets-lois de 1926, avaient ils autorisé les communes à créer des services économiques dans divers domaines, mais ces textes n'avaient pas empêché le juge administratif de maintenir son ancienne jurisprudence. Mais l'évolution des idées et les nécessités nées de la crise de 1930 conduisirent le juge à admettre progressivement la création, par les autorités locales, de services concurrençant directement les entreprises privées à la seule condition qu'un intérêt public fût en cause. La jurisprudence, plus récente, va très loin dans ce domaine et admet la création d'un cinéma, d'une station-service, d'un terrain de camping, etc.²⁰

En Belgique, au contraire, l'absence d'un Conseil d'Etat jusqu'en 1946, n'a peut-être pas favorisé la formation d'une jurisprudence protectrice de l'initiative privée face au dynamisme parfois agressif des entreprises publiques; et quant au développement des activités commerciales et industrielles des collectivités locales, ceci a été admis, bien que sous la forme d'associations intercommunales autorisées expressément par le Parlement depuis 1921²¹.

D'autre part, dans les pays d'organisation fédérale comme les Etats-Unis²², La République Fédérale d'Allemagne²³, Autriche²⁴ et Vénézuéla, il est admis que les Etats ou pays fédéraux et même les communes, sont autorisés à développer des activités économiques au même titre que le pouvoir central ou la fédération.

De même en Espagne, les corporations locales peuvent, en parallèle avec l'Etat, développer des activités commerciales et industrielles²⁵.

Au contraire, dans certains pays comme la Finlande, l'activité commerciale et industrielle des communes n'est pas admise. A ce sujet, on a estimé que la loi municipale devait mettre obstacle à l'engagement des communes dans les entreprises commerciales et industrielles à but lucratif. La loi établit par exemple, que les recettes de la commune doivent être employées à couvrir ces dépenses. Les dépenses en question sont, outre celles prévues pour la commune par la loi, celles qui ont trait «aux besoins d'économie générale, d'ordre public, etc., de la commune». On a interprété l'expression «besoins» dans le sens de besoins d'intérêt général pour la commune en sa qualité d'unité administrative. L'utilisation des ressources

20 V. Roland DRAGO, *Rapport français*, p. 4.

21 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 10 et 93.

22 V. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 1; Albert ABEL, «La corporación pública en los E.E.U.U.», *ICE*, mars 1964, p. 135.

23 V. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, pp. 1 et 8.

24 V. Gerhard PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 1; J. N. HAZARD, «Soviet Government Corporation», *Michigan Law Review*, April 1943, Vol. 41, n° 5, p. 852.

25 Cf. Fernando ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid 1960.

communales dans un but lucratif, n'a donc pas été admise en Finlande, et la Cour suprême administrative a déclaré nulles, à maintes reprises, des décisions municipales par lesquelles la commune avait souscrit des actions d'entreprises industrielles et commerciales²⁶.

8. D'autre part, cette diversité et cette dispersion des formes selon lesquelles les pouvoirs publics développent leurs activités industrielles et commerciales provient, en grande partie, des origines diverses présentées par cette activité de l'Etat.

Généralement la prise en charge par les autorités publiques, des activités industrielles et commerciales, dépend de la façon dont en conçoit l'Etat, c'est à dire qu'elle repose sur des motifs politiques. A partir de ce point de vue, la première origine fondamentale qui s'est manifestée ces derniers temps, est la nationalisation, celle-ci s'entendant comme l'opération par laquelle la propriété d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises est transférée à la collectivité afin de les soustraire, dans l'intérêt général, à la direction capitaliste²⁷.

Bien qu'en droit compare des signes très clairs de nationalisation, tels que ceux de Russie et de Mexico²⁸ apparaissent à partir de la deuxième décennie du siècle actuel, la véritable vague de nationalisation se présente *partiellement* et surtout dans les pays européens, entre les deux guerres, et principalement durant les années qui suivirent la deuxième guerre mondiale, même dans les pays qui, comme la France et l'Angleterre, avaient conservé, en principe, leur structure libérale²⁹; ceci probablement parce que cette guerre, qui fut sans aucun doute le plus grave bouleversement social survenu jusqu'alors, posa aux pays européens de sérieux problèmes sociaux, économiques et politiques qui ne pouvaient être résolus sans l'intervention directe de l'Etat.

En ce qui concerne les pays d'Europe centrale, tels que la Bulgarie, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie, il faut signaler que ce sont ceux qui offrent la caractéristique d'un développement relativement lent dans le passé et qui ont souffert le plus durement au cours des guerres mondiales. Tout ceci, ajouté aux événements politiques sont les motifs principaux qui, après 1944, ont conduit ces pays à réaliser, de façon logique et radicale et par idéologie, une nationalisation presque intégrale de leur vie économique³⁰.

26 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 5 et 6.

27 V. Jean RIVERO, «Le régime des nationalisations», (Extrait du *Jurisclasseur Civil Annexes*), (2^o Cahier), Paris, p. I.

28 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 58 et 61

29 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 70.

30 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 80.

En Amérique latine, en dehors de l'exemple de Mexico à partir de 1917 et en 1938³¹, celui de l'Argentine³², et récemment celui de Cuba³³ où les nationalisations se sont opérées plus ou moins intensément et comme conséquence d'actions politiques, cette expropriation d'entreprises se présente plutôt comme un fait isolé. En plus, dans certains pays comme les Etats-Unis, bien que sans rejeter la participation de l'Etat aux affaires économiques, son origine ne provient pas de processus politiques et idéologiques. Pour cela, dit Hazard, aucune *Public Corporation* créée par le Congrès fédéral ou par les législatures des Etats, ne doit son existence aux idées socialistes des législateurs, bien que certains rapporteurs individuels de la *Tennessee Valley Authority* aient été accusés de s'orienter vers le socialisme, durant la décennie de 1930³⁴. Brochado da Rocha, au Brésil³⁵, soutient une position similaire. De toute façon, aux Etats-Unis, avec la première guerre mondiale a commencé une époque de plus grande participation de l'Etat à l'activité économique, mais toujours sur la base exceptionnelle des besoins du moment³⁶.

En Italie, par ailleurs, on ne peut que rarement parler de nationalisation résultant d'une intervention d'Etat pour des raisons politiques. L'action de l'Etat s'est manifestée le plus souvent, comme une nécessité d'agir à la suite de la situation économique difficile du pays qui a mis l'Etat dans l'obligation d'intervenir à l'égard d'entreprises privées en difficulté³⁷. Cette intervention de l'Etat s'est parfois manifestée en vue d'éviter la faillite de grosses entreprises, en vue donc de parer aux effets d'une situation lourde de conséquences, et ce, non seulement dans le domaine économique, mais encore et surtout sur le plan social et politique. Dans d'autres cas l'intervention a été suggérée par des motifs de politique économique, afin, par exemple de renforcer certains secteurs de l'économie. Dans d'autres cas encore les mobiles de l'intervention sont à rechercher dans des besoins fondamentaux mettant en jeu la sécurité même de la nation³⁸. Une situation semblable se présente au Vénézuéla, en Belgique³⁹, et en Irak⁴⁰.

31 V. Héctor CUADRA MORENO, *Teoría de la nacionalización* (Apéndice de Derecho Mexicano), en K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 626 et 660.

32 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 96.

33 Cf. Leo HUBERMAN et Paul SWEEZY, «Cuba revisitada», in *Economía Cubana, Boletín bibliográfico*, Facultad de Economía, Année III, n° 14, Caracas, Avril 1961, p. 134.

34 V. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 1.

35 V. Antonio BROCHADO DA ROCHA, «Rapport brésilien» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 97.

36 Cf. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, pp. 2 et 3.

37 Cf. Natalia GAIL, «Les entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne», *RISA*, 1961, n° 2, p. 158.

38 V. Flaminio FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention de l'Etat dans l'organisation économique italienne», *RDP*, 1957, n° 2, p. 231.

39 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 1 à 5.

40 V. A. K. SAID, «Rapport du l'Irak» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 193.

De même, en Finlande, on ne trouve pas d'exemple de nationalisation d'entreprise qui soit une mesure d'autorité prise par l'Etat; en revanche, celui-ci s'est procuré une place importante dans la vie économique, soit en achetant pour son compte des entreprises, existantes, soit en en fondant de nouvelles⁴¹.

Ceci dit, en présence de ce phénomène des nationalisations, il est nécessaire de signaler que si celui-ci, en Pologne par exemple, a eu une très grande importance, voire décisive, il ne constitue cependant pas de condition suffisante pour la socialisation des principaux moyens de production étant donné que l'autre élément indispensable est l'organisation de la gestion de ces moyens afin qu'ils puissent servir directement le progrès social. Au début du régime socialiste, la nationalisation avait, sans doute, une importance politique et économique décisive; mais pourtant aux étapes suivantes du développement de l'Etat socialiste, l'importance essentielle passe aux autres procédés menant à la socialisation des moyens de production et à l'augmentation de la base économique du système socio-politique socialiste⁴².

Ceci se présente en droit compare sous une forme généralisée et pour cette raison on a dit que le temps des nationalisations est déjà passé, et aujourd'hui, l'expansion du secteur public se réalise par d'autres voies, et fondamentalement par la création d'entreprises isolées⁴³. Dans ce sens, les entreprises publiques, ainsi que l'a signalé justement Delion, sont entrées dans les mœurs⁴⁴ ce qui, joint au déclin des nationalisations, a permis que le phénomène de l'intervention de l'Etat dans la vie économique, soit libéré de toute influence politique et idéologique qui, en général, les avait rendues possibles⁴⁵.

Donc, actuellement, la création *ex nihilo* d'entreprises de l'Etat, et plus fréquemment encore, la participation directe ou indirecte de l'Etat dans les entreprises privées, est un fait commun⁴⁶. D'autre part, peut-être, est il nécessaire de faire ressortir ici, l'importance, principalement dans les pays en voie de développement, de la participation de l'Etat aux activités industrielles et commerciales comme un moyen de développement économique; c'est un phénomène tellement important qu'il pourrait presque caractériser l'activité de gestion économique de l'Administration, si l'on tient compte que fondamentalement,

41 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 3.

42 V. Zygmunt RYBICKI, *Rapport polonais*, pp. 4 et 5.

43 Cf. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Notas para un planteamiento de los problemas de la empresa pública», *RAP*, n° 46, 1965, p. 113; R. DRAGO, *Rapport français*, p. 2; Fernando GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», in *La administración pública y el Estado contemporáneo*, Instituto Estudios Políticos, Madrid 1961, p. 142 et ss.; Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 3.

44 V. Andre G. DELION, *L'Etat et les entreprises publiques*, Paris 1959, p. 7.

45 Cf. Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Notas para un planteamiento ... », *loc. cit.*, p. 96.

46 Cf. Roland DRAGO, *Rapport français*, p. S; Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 3.

celle-ci ne se réalise généralement pas à des fins lucratives, mais plutôt en vue du développement de l'économie nationale⁴⁷.

En effet, comme le fait remarquer Franchini en ce qui concerne l'Italie, l'Etat a souvent eu pour objectif, en intervenant dans la vie économique, de donner une impulsion et une orientation directes à certaines branches de l'activité économique qui traversaient une crise, ou bien d'exercer lui-même une activité non rémunératrice qui, comme telle se trouvait fort négligée par l'initiative privée, ou encore de protéger par l'effet de tarifs appliqués par des entreprises dont il avait la direction, le développement de certaines branches délicates de l'économie⁴⁸. En Finlande, T. Modeen signale de même que le motif économique de l'activité industrielle et commerciale de l'Etat est la pénurie de capitaux plus ou moins constante de ce pays. La masse des capitaux privés n'était pas en mesure de porter le poids de l'industrialisation du pays et cela explique l'intervention de l'Etat. Au lieu de donner des subventions aux entreprises privées, l'Etat a préféré, le plus souvent, fonder lui-même des industries. Sur ce point, des motifs de politique sociale et surtout de politique d'emploi se sont ajoutés aux raisons économiques, par exemple, lorsque l'Etat a fondé des entreprises manifestement peu avantageuses dans des régions sous-développées avec un surplus de main-d'œuvre, en dépit d'autres conditions d'exploitation défavorables⁴⁹.

Mais, si nous avons signalé que l'intervention de l'Etat dans l'activité économique a, dans les pays en voie de développement, une importance décisive, par exemple au Vénézuéla⁵⁰, ceci n'empêche pas que dans les pays hautement développés et industrialisés, cette intervention se pratique également assez fréquemment, surtout comme moyen de développement régional. Tel est le cas, par exemple, des Etats-Unis, avec la *Tennessee Valley Authority*, qui s'est établie dans le

47 Cf. J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial ... », *loc. cit.*, p. 72.

48 V. Flaminio FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention ... », *loc. cit.*, p. 232.

49 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 4.

50 En effet, p. ex. la *Corporación Venezolana del Petróleo* a pour objet essentiel de promouvoir les entreprises dans le but de développer des activités industrielles ou commerciales d'hydrocarbures; L'*Instituto Venezolano de Petroquímica*, a pour objet le développement d'industries destinées au profit des minéraux et hydrocarbures; La *Corporación Venezolana de Fomento*, a pour objet «D'accroître la production nationale par la promotion de nouvelles entreprises et l'amélioration des existantes, de varier et systématiser les activités économiques du pays»; y la *Corporación Venezolana de Guayana* a pour objet principal «d'étudier, développer et organiser le profit du potentiel hydroélectrique du fleuve Caroni, programmer le développement intégral de la région, conformément aux normes et aux mesures du plan de la Nation, et promouvoir le développement industriel de la région, tant dans le secteur public que dans le secteur privé ».

but de fomentier le développement dans la vallée d'un fleuve, où l'érosion avait provoqué des désastres et avait conduit à la pauvreté des communautés entières⁵¹.

En France, et dans ce sens, la politique d'aménagement du territoire entreprise à partie de 1950, qui prévoit le développement intégral d'une région et qui s'effectue par l'intermédiaire de sociétés d'économie mixte, au premier degré (participations de l'Etat ou des collectivités publiques) ou au second degré (participations d'entreprises publiques), a acquis une importance particulière. Il s'agit, dit R. Drago, sur le plan national, de sociétés d'économie mixte constituées par la Caisse des Dépôts et Consignations, d'établissements publics administratifs, jouant ici le rôle de «banque du plan», société d'études pour le développement économique et social. D'autre part, sur le plan local, des sociétés mixtes ont été constituées avec la participation des sociétés nationales précitées et des collectivités publiques: sociétés d'aménagement ou pour la mise en valeur des régions, sociétés de constructions immobilières, sociétés pour la création et la gestion de marchés d'intérêt national, etc.⁵²

De même, en Belgique, c'est une loi de 1959 «instaurant des mesures spéciales en vue de combattre les difficultés économiques et sociales de certaines régions» qui a introduit pour la première fois des discriminations entre régions en prévoyant l'octroi d'avantages spéciaux à certaines parties du pays, ou plutôt aux entreprises dont les opérations d'investissements sont de nature à favoriser l'expansion ou la reconversion économique des «régions de développement». Ainsi, la loi précitée autorise l'Etat, les provinces, les communes et toute personne physique ou morale, tant de droit privé que de droit public, à constituer dans n'importe quelle région du pays «des sociétés d'équipement économique régional» dont l'objet est d'affecter des terrains à des fins industrielles, de les aménager et de les équiper, d'y construire des bâtiments industriels ou artisanaux, et de vendre, concéder ou louer ces terrains ou bâtiments à des personnes physiques ou morales de droit privé, avec la charge de les utiliser aux fins pour lesquelles ils ont été aménagés⁵³.

En Allemagne, par exemple, l'Institut de crédit pour la reconstruction (*Die Kreditanstalt für Wiederaufbau*), la Banque allemande immobilière et de construction (*Die Deutsche Bauund Bodenbank A.G.*) ainsi que d'autres banques⁵⁴, réalisent une politique similaire de développement industriel.

Enfin, et concernant l'importance, dans les pays socialistes, du développement économique comme objectif de l'intervention de l'Etat dans la vie économique, il est nécessaire de signaler, conformément aux principes généraux du régime socialiste, que la tâche principale de l'Etat, qui concentre les attributions du propriétaire des moyens fondamentaux de production, celles qui concernent la gestion de ces moyens

51 Cf. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 3.

52 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 16.

53 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 86 et 87.

54 V. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, pp. 15 et ss.

et celles de la direction des processus économiques, consiste à assurer le développement économique du pays et à créer les bases économiques appropriées pour développer et promouvoir la culture et l'instruction de toute la société⁵⁵.

Donc, à côté de tout ce qui a été dit antérieurement, il faut observer que la diversité de formes et facettes sous lesquelles, en droit comparé, l'Etat développe son activité industrielle et commerciale, n'est évidemment pas le résultat du caprice des Législateurs, mais répond plutôt, en général, à différents objectifs, à diverses traditions d'un pays ou d'un autre, à la supériorité distincte des buts publics ou des intérêts privés au moment de leur création, qui n'a pas été simultanée dans le monde, ni pour tous les organismes, ou entreprises de chaque pays⁵⁶. Ou bien, considérant la question sous un autre angle, comme le note Katzarov, les initiatives en matière de nationalisation ont été prises en des lieux tellement contraires, quant au facteur géographique, social et politique, (URSS, Europe centrale, Amérique du Sud, Iran), en des domaines d'application si divers (industrie, commerce, agriculture) et finalement sous des formes si différentes (nationalisation totale, parallèle à l'initiative privée ou complémentaire à celle-ci), qu'il est réellement très difficile aujourd'hui d'établir clairement et concrètement les grandes lignes du droit en vigueur⁵⁷ en forme comparative.

9. Mais l'étude comparative des entreprises publiques s'aggrave encore plus si nous constatons en droit comparé, l'existence d'une réalité qui pour notre analyse, a une répercussion essentielle: le fait, qu'en lignes générales le système économique et juridique actuel puisse se diviser en deux grandes catégories: système de structure libérale et système d'économie planifiée ou socialiste, bien qu'il existe entre elles différents stades. Théoriquement, les positions qui tentent d'expliquer l'attitude initiale que l'Etat doit adopter, en vue de satisfaire les nécessités du groupe social, sont fondamentalement au nombre de trois: l'individualiste, la socialiste, l'interventionniste. L'individualisme part de la croyance que l'Etat doit se limiter exclusivement au maintien de l'ordre public, condition indispensable pour que puissent se développer librement les relations économiques et sociales. En contrepartie, la position socialiste tend à confondre les buts de la société et les buts de l'Etat, ce qui n'est qu'une conséquence de l'intégration de l'une avec l'autre. Finalement comme position intermédiaire on peut citer l'interventionnisme qui, plus qu'une formule est la conséquence des corrections successives que les exigences de la réalité ont imposées à l'Etat abstentionniste et libéral du 19^{ème} siècle. L'interventionnisme admet donc des degrés: un interventionnisme très accentué peut

55 V. Zygmunt RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 2.

56 Cf. Francisco LABADIE OTERMIN, «Problemática de la empresa pública», in *La empresa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1961, p. 158.

57 V. K. KATZAROV, *loc. cit.*, p. 45.

être socialisme, tandis que le libéralisme n'est autre que le manque de mesures d'intervention⁵⁸.

De cette manière dans les pays de structure libérale, l'action de l'Etat s'étend généralement, et sauf les nationalisations signalées plus haut, en forme subsidiaire, ce qui a comme cause l'insuffisance ou le défaut de l'initiative privée qui, avec les corrections de rigueur est la pierre angulaire du système⁵⁹. Dans ce sens, HAZARD a indiqué qu'aux Etats-Unis le gouvernement est entré dans l'activité économique parce qu'il fallait le faire, dans un but économique dans certains cas où l'entreprise ne voulait pas ou ne pouvait pas exercer une tâche cependant nécessaire⁶⁰. Au contraire, dans un Etat socialiste, on peut considérer que les principes communs pour tout le système de la gestion de l'économie nationale sont les suivants: la socialisation des principaux moyens de production, permettant d'organiser les formes sociales de gestion de ces moyens; le système de la gestion de l'économie nationale fondée sur le principe de la direction planifiée de l'ensemble des processus économiques par l'Etat employant des méthodes d'action directe aussi bien qu'indirecte; l'adoption de telles méthodes d'action qui assureraient la participation des producteurs aux décisions essentielles concernant la fixation des tâches économiques et des manières de leur réalisation; l'emploi des profits et des surplus de production; les conditions de travail, etc. Afin de réaliser les tâches fondamentales de l'Etat socialiste, il est indispensable que les moyens fondamentaux de production soient socialisés. Ces moyens fondamentaux sont ceux dont la propriété influe d'une manière décisive sur l'ensemble du régime socio-politique⁶¹. Ainsi, la différence essentielle qui existe, par exemple, entre l'organisation et les formes juridiques du secteur public en France et en Italie en comparaison avec celles qui sont établies en Pologne résulte alors des différences entre les structures politiques de ces pays. La structure de la Pologne est basée sur la socialisation des moyens de production, d'échange, de consommation et de crédit. Toutes les richesses du sous-sol, eaux, forêts domaniales, mines, routes, établissements industriels d'Etat, exploitations agricoles d'Etat et centre d'Etat de machines agricoles et entreprises commerciales d'Etat appartiennent à la Nation. En France et en Italie, au contraire, le gros des entreprises reste entre les mains des particuliers; dans ces pays, le secteur public est créé spécialement pour des raisons d'intérêt général et, en comparaison avec les entreprises privées, son domaine reste assez restreint. En Pologne, la situation est contraire. Les entreprises privées sont peu nombreuses et ne jouent pas de rôle dans l'économie du pays; et les seules entreprises à ne pas être touchées sont celles qui

58 Cf. Fernando GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», *loc. cit.*, pp. 115 et 116.

59 Cf. Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Notas para un planteamiento ... », *loc. cit.*, pp. 111 et 112; Francisco LABADIE OTERMIN, «Problemática de la empresa pública», *loc. cit.*, p. 172.

60 V. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. I.

61 Cf. Zygmunt RYBICKI, *Rapport polonais*, pp. 3 et 4.

n'occupent pas plus de cinquante travailleurs et qui n'ont pas d'importance économique⁶².

Pourtant, et ceci est certain, le régime économique de type purement libéral a été abandonné par la plupart des états occidentaux, ce qui n'empêche pas, malgré que l'économie planifiée soit caractéristique des états socialistes, que les pays non socialistes ne connaissent aussi la planification économique. Mais évidemment, il y a une différence essentielle, entre la planification dans une politique interventionniste et le système de l'économie planifiée: l'interventionnisme reste toujours un moyen auxiliaire, complémentaire dans la gestion économique, où l'influence des droits du marché joue le rôle prépondérant; en revanche, l'économie planifiée, grâce à la propriété sociale des moyens de production offre de plus grandes possibilités de direction et de gestion économique réelles, effectives et complètes⁶³.

En tout cas, même quand nous accentuons notre neutralité technique, ceci nous situe, comme le dit Garrido Falla, en face «d'une des plus grandes controverses idéologiques dans laquelle se trouve engagée la société de notre temps»⁶⁴: ainsi, une bonne partie de la défense du libéralisme économique se fonde sur l'accusation «d'inefficience productive» qui s'observe dans beaucoup d'entreprises publiques, qui, ces derniers temps, ont été créées par des gouvernements socialistes, tandis que les défenseurs du principe de la politique de nationalisation, méprisant cet argument «matérialiste» défendent leurs positions en attaquant les injustices du régime capitaliste fondé sur des entreprises privées⁶⁵. En tout cas, la constatation de ces différentes réalités et structures des systèmes politiques et économiques contemporains, nous fait penser, avec Lorenzo Martín-Retortillo, que les différences existant dans les divers pays concernant l'énoncé constitutionnel de l'économie, compliquent énormément l'adoption de critères unitaires en la matière⁶⁶.

10. Pourtant, et malgré toutes ces différences et ces difficultés signalées précédemment touchant la précision d'un régime plus ou moins unitaire des activités industrielles et commerciales de l'Etat, il faut signaler qu'en général les problèmes et les difficultés qui s'en dégagent sont communs malgré les différences de structure politique et économique des pays respectifs⁶⁷ et si effectivement toutes ces activités d'Etat présentent la particularité d'être soumises, plus ou moins, au droit privé et

62 Cf. Natalia GAJL, «Les entreprises d'Etat...», *loc. cit.*, p. 163.

63 Cf. Zygmunt RYBICKI, «L'entreprise publique dans le système polonais de l'économie planifiée», *RISA*, 1962, n° 3, p. 313.

64 V. Fernando GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 125.

65 Cf. Fernando GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 125.

66 V. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La Table Ronde de Varsovia del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas», en *RAP*, n° 44, 1964, p. 326.

67 Cf. Natalia GAJL, «Les entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne», *loc. cit.*, p. 153.

commercial⁶⁸ on ne peut dire que leur régime juridique soit unitaire. Pour cette raison, il a été dit que tout essai dirigé vers une étude unitaire de tous les problèmes des entreprises publiques est voué à l'échec et il est nécessaire, de ce fait, de laisser de côté la rigueur conceptuelle et de s'occuper des diverses réalités englobées sous l'expression «entreprises publiques»⁶⁹. Et en effet, ce qui représente le premier élément d'intérêt pour une étude comparative, c'est l'existence de diverses formes juridiques par l'intermédiaire desquelles l'Etat développe ces activités, formes qui varient depuis la gestion directe par l'Etat des activités économiques, jusqu'à la création de sociétés commerciales à cet effet. Pour cela Natalia Gajl a signalé que parmi les entreprises créées par les Etats, on peut partout distinguer d'une part, celles qui sont régies directement par l'administration publique d'après les mêmes méthodes traditionnelles qui étaient employées avant la guerre et, d'autre part, les entreprises d'Etat qui sont gérées comme des organismes juridiquement distincts de l'Administration publique, ayant une personnalité morale, leurs propres fonds de financement, leur propre gestion, etc.⁷⁰

Par conséquent, la première partie de notre étude comparative sera réalisée en analysant les diverses formes juridiques utilisées par l'Etat pour développer des activités industrielles et commerciales et ceci parce que nous considérons que pour l'étude de ces activités, deux critères peuvent être suivis: ou bien l'analyse *ex re* de telle activité sous sa forme matérielle, ou bien l'examen structural de l'organisation par laquelle s'effectue la gestion elle-même.

Donc, nous considérons, d'accord avec Villar Palasi que ce second critère centré autour des formes des entreprises est tout indiqué pour le droit administratif le premier étant approprié aux économistes⁷¹.

Mais l'existence de diverses formes juridiques autonomes, en relation avec l'Etat, touchant soit à la personnalité, au patrimoine ou au Trésor⁷², et donnant origine à des organismes plus ou moins séparés de l'activité administrative ordinaire, donne lieu à un second élément, très utile pour l'analyse comparative, qui est celui du *contrôle* que l'Etat effectue sur ces diverses formes juridiques, puisque leur degré

68 Cf. M. S. GIANNINI, «Sobre las empresas públicas», *RFD*, n° 28, 1964, p. 16; G. LANGROD, «L'Entreprise Publique...», *loc. cit.*, p. 226; R. DRAGO, *Rapport français*, p. 10.

69 V. Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Notas para un planteamiento ... », *loc. cit.*, p. 100.

70 V. Natalia GAJL, «Les entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne», *loc. cit.*, p. 153.

71 V. J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado ... », *loc. cit.*, p. 74

72 Cf. Santiago MARÍN MARÍN, *Aspectos de la administración pública autonómica* (Separata), Madrid, p. 253.

d'autonomie et de liberté plus ou moins grand, va dépendre en réalité de l'importance du contrôle que l'Etat réalise vis-à-vis de ces entreprises⁷³.

Par conséquent, la seconde partie de notre étude comparative versera sur les diverses formes de contrôle qu'exerce l'Etat ou la communauté sur les diverses formes juridiques que l'administration utilise pour développer ses activités commerciales et industrielles.

Ceci fait, nous terminerons cette étude comparative par les diverses conclusions qui en découleront.

I. LES DIVERSES FORMES JURIDIQUES UTILISÉES PAR LES POUVOIRS PUBLICS POUR DÉVELOPPER LEURS ACTIVITÉS COMMERCIALES ET INDUSTRIELLES

11. Santiago Marín Marín, mentionnant les diverses formes autonomes qui existent dans l'Etat concentre l'abrégé de ses multiples hypothèses sur un point principal: la personnalité. On peut facilement constater, signale-t-il, que dans l'immense champ d'action des autonomies, il y a quelque chose de commun concernant son existence ou sa non-existence. Ce quelque chose, positif ou négatif, se réfère à l'essence subjective ou acéphale du phénomène, de telle sorte que, logiquement, une classification primordiale et inéluctable s'impose: autonomies personnalisées ou autonomies non personnalisées⁷⁴.

Mutatis mutandis, la même classification, également primordiale et inéluctable, s'impose dans l'étude du régime des activités industrielles et commerciales de l'Etat, intimement liée, d'autre part, au problème des autonomies. Il en résulte donc que notre analyse des diverses formes par lesquelles les pouvoirs publics développent leurs activités industrielles et commerciales, doit être faite en deux parties nettement délimitées: activités industrielles et commerciales réalisées directement par l'Etat et activités similaires réalisées par les pouvoirs publics par l'intermédiaire d'organismes doués de personnalité juridique propre, distincte de celle de l'Etat.

12. Ceci est, d'autre part, la tendance générale en droit comparé. En effet, Katzarov mentionnant comparativement les solutions qui ont été mises en pratique concernant la participation de l'Etat à la production, signale les suivantes: en premier lieu, l'Etat comme tel, c'est à dire comme personne juridique de droit public, peut se dédier à une activité économique; dans ce cas, les différents départements ministériels ou leurs services usent de cette faculté constamment dans le cadre de leurs activités normales. L'Etat peut aussi se dédier à une activité économique conférant autonomie administrative et budgétaire à l'un ou à l'autre secteur de son activité économique, en le transformant en un service public indépendant, mais sans

73 Cf. Ernst FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid 1958, p. 667.

74 V. Santiago MARÍN MARÍN, *Aspectos de la administración pública autonómica*, cit., p. 270; Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 6.

personnalité séparée. En second lieu, l'activité économique de l'Etat peut être développée au moyen de personnes juridiques spéciales, indépendantes de la personne juridique de l'Etat, auxquelles il confie l'exercice d'une de ses activités économiques. En troisième lieu, l'Etat peut aussi créer des entreprises mixtes, en leur donnant une forme de sociétés de droit privé⁷⁵.

En France, bien que les diverses formes juridiques utilisées par l'Etat pour développer ses activités industrielles et commerciales atteignent aujourd'hui une extrême diversité, on doit distinguer quatre formes principales: la régie industrielle, l'établissement public industriel et commercial, la société nationale et la société d'économie mixte. Concernant ces formes, R. Drago signale que les trois dernières catégories sont souvent regroupées dans une catégorie unique, celles des entreprises publiques, mais cette notion est plus économique que juridique bien que, peu à peu, apparaissent des éléments communs qui donneront un jour naissance à une catégorie juridique nouvelle⁷⁶. En tout cas, l'élément principal qui caractérise ces trois dernières catégories vis-à-vis de la régie industrielle est leur dotation de personnalité juridique, de droit public ou de droit privé, qui diffère de la personnalité de l'Etat.

En Autriche et en Allemagne, on parle d'entreprise publique quand celle-ci est soutenue par l'Administration publique et ceci est possible sous trois formes distinctes comme entreprise fiscale ou de gestion directe sans personnalité juridique propre, comme institution publique capacité en droit sous tutelle d'un organisme administratif, et comme société capacité en droit privé⁷⁷.

De même, en Belgique on fait la distinction entre les services non personnalisés, par l'intermédiaire desquels l'Etat développe ses activités industrielles et commerciales directement, et les services personnalisés (régies d'état, établissements publics étatiques, associations ou sociétés de droit public) doués de personnalité juridique différant de celle de l'Etat⁷⁸.

En Angleterre, l'usage du terme entreprise publique au sens large, comprend trois catégories principales par l'intermédiaire desquelles l'Etat développe ses

75 V. KATZAROV, *loc. cit.*, p. 300; Cf. comme nous l'avons vu, Natalia GAJL, «Les entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne», *loc. cit.*, p. 153; de même, ONU, *Manual de administración pública* (61-ILH.-2), Nueva York 1962, pp. 87 et 88.

76 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 5; Natalia GAJL, «Les entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne», *loc. cit.*, p. 156, Pierre DU PONT, *L'Etat industriel*, Paris 1961, p. 59

77 Cf. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 2; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, pp. 2, 3 et 4; Ernst FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 662; Wilhelm GERLOFF et Fritz NEWMARK, *Tratado de finanzas*, Vol. II, Buenos Aires 1961, pp. 153-164; Piero VERRUCOLI, «Consideraciones jurídico mercantiles sobre las empresas en mano pública», *RAP*, n° 3, 1950, p. 162; «Rapport de la République Fédérale d'Allemagne» au *IVCICFP* (Vienne 1962), *loc. cit.*, Vol. IV, p. 137.

78 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 6 a 11.

activités économiques: en premier lieu, l'administration directe de l'entreprise par un département gouvernemental; en second lieu, la société commerciale (*Company Law*) contrôlée par un organisme public reconnu comme actionnaire principal, et enfin la *Public Corporation* proprement dite qui, bien que récente, est sans doute, le plus important genre d'entreprise publique qui se soit développé dans les pays de l'Empire Britannique⁷⁹. La même situation se présente, en général, dans les pays d'Asie et d'Extrême-Orient⁸⁰.

De même en Italie, la situation est semblable. Giannini distingue trois catégories fondamentales: la première catégorie d'entreprises publiques, chronologiquement la plus ancienne, est constituée par des organismes publics à fonctions essentiellement administratives qui sont considérées par la loi comme des organismes administrateurs d'entreprises; la seconde catégorie est celle des organismes publics économiques lesquels, quant à la structure, ne se différencient pas d'un organisme public commun; la troisième catégorie est constituée par les entreprises, dénommées aujourd'hui, «en participation publique», parce qu'elles peuvent être aussi bien des sociétés commerciales dans lesquelles l'organisme public participe en caractère d'associé, et des organismes de droit privé sans participation aux actions mais participation quotes-parts, c'est à dire n'ayant pas d'actionnaires mais des titulaires de quote-part⁸¹.

En Espagne, les diverses formes juridiques de gestion ou exploitation des entreprises publiques sont classées comme suit: gestion d'un organisme public de nature politique territoriale; gestion d'un organisme public créé expressément pour l'exercice de l'entreprise, et gestion d'une société commerciale dans laquelle l'Etat ou tout autre organisme de droit public a une participation⁸². Cette classification correspond, en lignes générales, à celle des organismes autonomes, donnée par la loi sur le régime juridique des organismes autonomes d'Etat du 26 décembre 1958, comme suit: en premier lieu, les organismes autonomes de personnalité juridique propre et patrimoine indépendant de l'Etat; en second lieu les services administratifs sans personnalité juridique ayant à leur charge l'administration et distribution de fonds, lesquels, bien que provenant des budgets généraux de l'Etat, ne sont pas

79 Cf. W. FRIEDMAN, «A Theory of Public Industrial Enterprises», in A. H. HANSON (ed.), *Public Enterprise, A Study of its Organization and Management in Various Countries*, op. cit., 1955, pp. 15 et 16, cit. par F. GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», loc. cit., p. 128; Laureano LOPEZ RODO, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *RAP*, n° 3, 1950, p. 380.

80 V. ONU, *Some Problems in the Organization and Administration of Public Enterprises in the Industrial Field*, United Nation (54.I.LH.1), New York 1954.

81 V. M. S. GIANNINI, «Sobre las empresas públicas», loc. cit., pp. 17 à 20; Cf. Natalia GAIL, «Les entreprises d'Etat en France, en Italie, et en Pologne», loc. cit., pp. 158 et 159, Piero VERRUCOLI, «Consideraciones jurídico-mercantiles sobre las empresas en mano pública», loc. cit., p. 163.

82 V. Manuel BROSETA PONT, *Rapport espagnol*, p. 5.

spécifiés et classés par chapitres, articles et concepts dans ceux-ci; en troisième lieu, les entreprises nationales⁸³.

D'autre part, une situation similaire à celle décrite plus haut, existant spécialement dans les droits d'Europe continentale (France, Allemagne, Italie et Espagne) se présente en République Arabe Unie⁸⁴, en Indonésie⁸⁵, en Irak⁸⁶ et dans les pays d'Amérique latine, par exemple au Brésil⁸⁷, en Argentine⁸⁸, en Uruguay et au Vénézuéla⁸⁹.

En Finlande, les régimes juridiques des entreprises commerciales et industrielles de l'Etat sont approximativement de trois types différents: a) d'après la loi du 13 mai 1931, services publics industriels d'Etat, sans personnalité juridique ou doués de personnalité; b) d'après la loi sur les sociétés par actions du 2 mai 1895, des sociétés dans lesquelles l'Etat est majoritaire, soit d'un type étatique spécial, soit selon le type tout à fait courant; c) régime juridique de droit public des entreprises d'Etat⁹⁰.

Enfin, un rapport estimable en cette matière a été réalisé avec les travaux de la Commission désignée par le gouvernement suédois en 1954 pour l'étude de la systématisation économique qui a dû faire des recherches sur le *status* national des pays suivants: Suède, Norvège, Danemark, Yougoslavie, Pays-Bas, Grande-Bretagne, Etats-Unis et URSS. Le compte-rendu de cette enquête a été publié par Elis Håstad, professeur à l'Université de Stockholm⁹¹ qui détache les figures suivantes: a) Départements gouvernementaux d'activité commerciale (par exemple, postes-télégraphes, chemins de fer); b) Administrations d'Etat instituées en vue de l'activité économique (par exemple, la *Tennessee Valley Authority*, la *Panama Canal*); c) *Public Corporation*; d) *State Company*, parmi lesquelles figurent celles

83 V. Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Vol. II, Madrid 1962, p. 318, note n° 19.

84 V. Mohammed TAWFIK YOUNES, «Rapport de la RAU» in *IV CICFP*, Vol. 4, pp. 15 et 17.

85 V. «Rapport de la General Auditing Court» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 189.

86 V. A. K. SAID, «Rapport du Irak», in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 193.

87 V. Rogerio de FREITAS, «Rapport brésilien» in *IV CICFP*, Vol. 4, pp. 61 et 77; Antonio BROCHADO DA ROCHA, «Rapport brésilien» in *IV CICFP*, Vol. 4, pp. 101 et 125.

88 V. Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Vol. I, Buenos Aires 1965, pp. 429 et ss.

89 V. Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de derecho administrativo*, Caracas 1963, pp. 184, 186, 264 et 437.

90 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 7.

91 V. *Swedish State Research*, 1 et 24, 1956, sous le titre de: Statsågda företags i Utlandet (State Enterprise Abroad), cit. par S. MARIN MARIN, *Aspectos de la administración pública autonómica*, cit. pp. 269 et 270. V. le même en Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *ICE*, Madrid, marzo 1949, pp. 63 et ss.

qui sont propriété absolue de l'Etat, celles dans lesquelles l'Etat possède une partie des actions ou exerce son contrôle, et celles qui se constituent pour acquérir, diriger ou administrer des sociétés contrôlées.

13. Donc, en s'appuyant sur la base de ce panorama de la situation en droit comparé, il faut, comme nous l'avons signalé, pour étudier les diverses formes juridiques utilisées par les pouvoirs publics pour développer leurs activités industrielles ou commerciales, concentrer le problème sur la personnalité et ainsi analyser, d'une part, le régime de ces activités lorsqu'elles sont réalisées directement par l'Administration, et d'autre part, le régime de ces activités économiques lorsqu'elles sont réalisées par des organismes doués de personnalité juridique, en distinguant ici les divers types d'organismes autonomes utilisés.

1. Le régime juridique des activités industrielles et commerciales directement développées par l'Etat

14. Quand les organismes publics firent leurs premiers pas dans le domaine de l'activité économique, celle-ci se fit évidemment par l'entremise des organes traditionnels de la bureaucratie. C'est ainsi qu'apparurent dans le droit français l'exploitation en régie, c'est à dire les régies industrielles et commerciales⁹², dans le droit allemand et autrichien, les *Regiebetreib* ou les *Eigenbetrieb*⁹³, dans le droit espagnol les «entreprises propres» ou «services administratifs chargés de l'administration et de la distribution de fonds dépourvus de personnalité juridique»⁹⁴ et dans le droit vénézuélien les «établissements industriels de la Nation»⁹⁵.

Il s'agit de services publics industriels et commerciaux gérés directement par l'Etat ou les collectivités publiques et dépourvus de personnalité morale⁹⁶.

Or, on a fait remarquer avec insistance que lorsque le service concret présente un caractère économique, la formule de la gestion directe est inadéquate, ceci parce qu'en général l'organisation bureaucratique, dans l'Etat moderne, n'est pas faite pour réaliser des activités de cette sorte, étant donné que généralement, dans ce domaine, elle se montre maladroite et lente⁹⁷. Il semble alors admis, de façon unanime -et nous nous référons aux formes de nationalisation- qu'il y ait tendance à éviter la transformation des entreprises nationalisées en subdivisions immédiates de l'Administration de l'Etat⁹⁸.

92 Cf. Roland DRAGO, *Rapport français*, p. 5.

93 Cf. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 3; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 3.

94 Cf. Fernando GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 133.

95 V. Loi organique des finances publiques nationales du Vénézuéla, Art. 42 ordinal 2°.

96 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 5; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 3.

97 Cf. Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado ...*, *cit.*, Vol. II, p. 313.

98 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 331.

En tout cas et même quand cette forme de réalisation par l'Etat des activités économiques tend à être évitée et présente aujourd'hui une importance relative moins grande que les autres formes d'action de l'Etat⁹⁹, sa présence au sein du Droit comparé nous oblige à analyser sommairement, son régime juridique interne et externe.

A. Régime juridique interne

15. En tant que corps intégrés dans l'organisation administrative, les régies possèdent, le plus souvent, une structure administrative classique et hiérarchisée¹⁰⁰. En conséquence, du point de vue de droit administratif, la confusion organique de cette forme indéterminée de gestion, oblige à un renvoi en bloc aux régulations de cette branche juridique pour l'étude de sa régulation essentielle¹⁰¹. Pourtant, il est nécessaire d'insister sur quelques-unes de ses particularités.

16. En premier lieu, et bien qu'il existe des exceptions comme en Suède où, par suite de l'absence de la direction ministérielle, elles dépendent du chef de département¹⁰², elles sont généralement soumises à l'autorité immédiate du ministre respectif¹⁰³ et, de ce fait, à tous les mécanismes et instances ordinaires des organismes administratifs¹⁰⁴, ceci à tel point que par exemple en Belgique il est impossible pour les personnes administratives compétentes de renoncer à leur autorité hiérarchique sur les entreprises publiques non personnalisées¹⁰⁵. Ainsi Theo Keller a signalé que l'efficacité de l'effort réalisé en vue d'obtenir l'économie maximale est en danger, pour autant que cet effort soit sérieux, à cause de la coordination de l'institution non autonome dans l'engrenage très souvent échelonné et gênant des instances administratives, et par suite de la limitation fréquemment trop rigoureuse de l'attribution de ces charges directives, qui jouissent, dans le secteur privé, des plus amples facultés leur permettant de prendre des décisions selon leur propre initiative et de répondre ainsi rapidement aux exigences qui peuvent se

99 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 5; Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 28 et 29; Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 64.

100 Cf. Elis HÅSTAD, «Tipos de Industrias ...», *loc. cit.*, p. 64, R. DRAGO, *Rapport français*, p. 8; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 2; Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 7.

101 Cf. F. GARRIDO FALLA, *Tratado ... cit.*, Vol. II, p. 314; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 5.

102 V. Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 64.

103 Cf. M. S. GIANNINI, «Sobre las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 17; MARÍN MARÍN, *Aspectos de la administración pública autonómica*, *cit.* p. 280; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 13, M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 6; ONU, *Some Problems in the ... cit.* p. 6.

104 Cf. Josef MARSCHALL, «Rapport autrichien» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 237.

105 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 11.

présenter avec chaque nouvelle situation¹⁰⁶. Ceci a peut-être conduit au fait que ces entreprises possèdent la caractéristique d'être par priorité et en forme exclusive au service des besoins propres des organismes publics, comme par exemple les Ateliers généraux des Chemins de Fer et l'Imprimerie de l'Etat¹⁰⁷, en Finlande. Cette situation se retrouve en Allemagne et au Vénézuéla en ce qui concerne l'Imprimerie du *Bund*¹⁰⁸ et l'Imprimerie nationale.

17. D'autre part, le service économique non autonome ne dispose pas de patrimoine propre. Par conséquent pour obtenir ses crédits d'inversion et ses moyens d'exploitation, il dépend entièrement de la collectivité publique à laquelle il appartient. Ceci signifie qu'il ne dispose pas de crédits lui-même¹⁰⁹ et que, par exemple, il n'est pas en mesure de subvenir à ses besoins d'inversion au moyen de placement d'emprunts propres sur le marché des capitaux¹¹⁰. En d'autres termes, le titre juridique d'un service économique non autonome ou entreprise de gestion directe est uniquement l'organisme public auquel il appartient et le dit organisme ou collectivité publique est le sujet de tous les droits et répond de toutes les obligations qui sont nés dans le cadre de l'entreprise¹¹¹.

18. Le manque d'autonomie, quant au droit patrimonial, conduit l'entreprise propre ou régie industrielle à l'obligation budgétaire. Ceci a pour conséquence que l'entreprise organisée sous forme de régie doit présenter un budget partiel dans le projet budgétaire général de l'Etat ou de l'organisme local respectif. Son approbation par le Parlement signifie alors la fixation d'objectifs déterminés d'inversion pour les fonds disponibles et l'obligation restrictive d'employer pour chacun des buts poursuivis la quantité fixée par le budget¹¹². D'autre part, la respective remise des comptes qui doit présenter une information sur l'accomplissement des finalités d'inversion que le budget a établi en est une autre conséquence. Tout ceci signifie donc une forte restriction à la liberté de maniement financier et peut affecter de ce fait l'économie d'une entreprise d'Etat ou locale¹¹³.

106 V. Theo KELLER, «La economía propia de las comunidades públicas», en W. GERLOFF et F. NEWMARK, op., cit., p. 154; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 7.

107 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 11.

108 V. Wolfgang ZETZSCHKE, «Las empresas públicas en la República Federal Alemana», en ICE, mars 1964, p. 95; MISION SHOUP, *Informe sobre el sistema fiscal de Venezuela*, Vol. II, Caracas 1960, p. 160.

109 Cf. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, pp. 7 et 8; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 13.

110 Cf. Theo KELLER, «La economía propia de las comunidades públicas», loc. cit., p. 154; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 8; Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 8.

111 Cf. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 8.

112 Cf. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 8 et 9; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 13.

113 Cf. Theo KELLER, «La economía propia de las comunidades públicas», loc. cit., p. 154

Ceci a eu pour effet, et c'est une manifestation qui s'observe clairement en Droit comparé, que l'Etat ait voulu parfois doter ces services à caractère industriel et commercial d'un statut plus ample au point de vue des règles budgétaires et comptables et de la gestion, sans passer par la technique de la décentralisation organique qui implique la création de personnes juridiques distinctes de l'Etat¹¹⁴, comme c'est le cas par exemple en Espagne¹¹⁵, en Italie¹¹⁶, en France¹¹⁷, et en Belgique¹¹⁸.

Par ailleurs, en principe, les recettes de ces services économiques non autonomes sont considérées rentes de l'Etat et partant, doivent entrer au Trésor, comme en Suède et au Vénézuéla¹¹⁹. Concernant ceci cependant, le droit comparé présente des exceptions du fait de l'existence des dénommées Caisse spéciales, auquel cas les recettes n'entrent pas au Trésor général¹²⁰,

19. Quant au régime des biens, ceux qui appartiennent aux régies ou services économiques non autonomes relèvent intégralement de la domanialité publique, c'est à dire qu'ils sont inaliénables et insaisissables¹²¹ et de ce fait, du point de vue économique, les biens investis dans l'entreprise, n'étant pas séparés du patrimoine de l'Etat, ni juridiquement, ni en matière de comptabilité, il n'est pas possible de les inclure dans un compte d'inversion, ni de les faire figurer dans un bilan¹²².

20. Finalement, du fait de l'incorporation de ces services économiques non autonomes dans l'Administration de l'Etat ou d'une collectivité publique, le régime du personnel est le même que celui en vigueur pour les agents de l'Etat et en conséquence, régit le statut de la fonction publique, comme c'est le cas en Belgique, en Allemagne, en Suède, en France et en Espagne¹²³. Evidemment, ceci implique

114 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 75

115 V. F. GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 134.

116 V. M. S. GIANNINI, «Sobre las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 18.

117 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 6; Cf. S. MARÍN MARÍN, *Aspectos de la administración pública autonómica*, *cit.* p. 281.

118 M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 7, 29, 76 et 97.

119 V. Art. 42, 2° de la Loi organique des finances publiques national du Venezuela; Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 64.

120 Cf. S. MARÍN MARÍN, *Aspectos de la administración pública autonómica*, *cit.* pp. 225 et 282.

121 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, pp. 9 et 10; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 42; Gerhard PLÖCHL, *Rapport autrichien*.

122 V. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 12.

123 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 36; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 6. En France, V. S. MARÍN MARÍN, *Aspectos de la administración pública autonómica*, *cit.*, p. 280. V. de même, ONU, *Some Problems in the Organisation ...*, *cit.*, p. 6; Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 64; Gerhard PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 7.

inévitablement une rigidité dans l'activité de l'entreprise, et rend difficile, tant l'adaptation du champ d'action au fonctionnaire, que la possibilité d'intéresser les personnes les plus aptes pour la tâche concrète. Y contribue aussi le rigide échelon de rémunération qui en fixe les limites maximum, et il arrive fréquemment que les salaires des cadres soient inférieurs à ceux établis pour le même échelon dans l'économie privée¹²⁴.

Dans d'autres pays cependant, le personnel de ces services non autonomes est placé sous le régime du droit privé, tel le cas de la Finlande¹²⁵.

B. Régime juridique externe

21. En principe, et étant donné la nature de l'activité que développent les régies ou entreprises propres, concernant toute leur activité externe, l'état est soumis aux normes du droit privé et spécialement à celles du droit commercial, surtout pour les contrats avec ses clients et ses fournisseurs¹²⁶. Par conséquent et en principe, dans les pays où il existe une dualité de compétence juridictionnelle, administrative et ordinaire, établie selon la nature de l'activité développée par l'organisme public, comme par exemple en France, en Autriche, en Belgique et au Vénézuéla, le droit de juger les litiges qui surviendraient au cours de la réalisation de ces activités commerciales, revient à la juridiction commerciale ordinaire¹²⁷, sauf quand les entreprises en régie gèrent un service public; dans cette circonstance, elles bénéficient de toutes les prérogatives de la personne publique avec laquelle elles se confondent, comme c'est le cas en France¹²⁸.

Dans certains systèmes, comme au Vénézuéla, l'entreprise industrielle non autonome, bien qu'elle soit subordonnée en principe au droit commercial concernant le déroulement de son activité, jouit de toutes les prérogatives du pouvoir public, car l'absence de personnalité séparée l'assimile à l'Etat. Dans ce sens, elle jouit de tous les privilèges de l'Administration qui se rapportent à la procédure et ne peut être grevée d'impôts. Quelque chose de semblable existe en Belgique où, entre autres situations spéciales, les biens des régies ne peuvent être astreints à voie d'exécution forcée¹²⁹.

124 Cf. Theo KELLER, «La economía propia de las comunidades públicas», *loc. cit.*, p. 155; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 6.

125 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 10.

126 Cf. R. DRAGO *Rapport français*, p. 10; M. S. GIANNINI, «Sobre las empresas públicas», *loc. cit.*, pp. 16-18; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 52 et ss.

127 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 10; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 16; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 54; Allan R. BREWER-CARIAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas 1964, p. 327.

128 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 12.

129 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 70; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 12.

22. Par ailleurs, et même si en principe l'Etat développe par l'intermédiaire des régies une activité industrielle ou commerciale soumise normalement au droit commercial, en ce qui concerne son aspect externe, il n'en a pas pour autant le caractère de commerçant conformément à la solution générale du droit comparé¹³⁰. Dans ce sens, par exemple au Vénézuéla, le Code de commerce signale que les entités publiques territoriales «ne peuvent assumer la qualité de commerçants, mais peuvent exécuter des actes de commerce; dans ce cas, elles restent assujetties aux lois commerciales»¹³¹.

En Autriche, au contraire les entreprises de gestion directe sont considérées comme commerçantes si elles exploitent une affaire commerciale. Cependant, signale Plöchl, quand l'entreprise dépasse le cadre de petit commerce, elle n'est pas dans l'obligation de s'inscrire sur le registre commercial en tant que personne privée, mais autorisée à le faire¹³².

2. Le régime juridique des activités industrielles et commerciales développées par l'Etat par l'intermédiaire d'organismes doués de personnalité propre et séparée

23. Il est certain que l'étude du régime juridique des activités industrielles et commerciales de l'Etat rencontre de sérieux obstacles au moment d'analyser les diverses formes juridiques douées de personnalité propre séparée de celle de l'Etat, par l'intermédiaire desquelles les Pouvoirs publics développent les dites activités, étant donné par ailleurs qu'il existe une tendance générale en droit comparé à créer ces organismes. En effet, quant à ceux qui trouvent leur origine dans les nationalisations, Katzarov a indiqué que l'analyse des structures que revêt la nationalisation permet de constater partout une tendance très nette à séparer juridiquement les sujets qui animent la vie économique nationalisée de la personne juridique de l'Etat. Cette tendance, par ailleurs, ne provient pas tant du fait que l'Etat, lorsqu'il a réalisé la nationalisation, s'est trouvé en présence de sujets de droit existants -les entreprises privées- qu'il a nationalisés, mais plutôt de causes qu'il faudrait rechercher dans l'instinct de conservation: quand il y a nationalisation il est évident que le budget de l'Etat peut se trouver menacé par des secousses imputables à la période transitoire précédant la normalisation de l'économie nationalisée¹³³.

Mais en tout cas, si la tendance à créer des organismes séparés de l'Administration en forme juridique et patrimoniale a été généralisée, le législateur, normalement, n'a pas eu recours aux diverses formes juridiques suivant des critères uniformes; au contraire, comme le signale Langrod, il a plutôt recouru à l'une ou

130 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 56; S. MARÍN MARÍN, *Aspectos de la administración pública autonómica. cit.*, p. 281; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo, cit.*, Vol. II, p. 314

131 Art. 7 du Code de commerce du Vénézuéla.

132 V. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 11.

133 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 326.

l'autre forme d'action pour des besoins passagers, par opportunisme, par habitude ou tout simplement par hasard, par respect pour la symétrie des administrations «régulières» qu'il pensait ainsi sauvegarder ou enfin pour mieux déguiser l'Etat en commerçant «véritable»¹³⁴

Ceci a donné lieu en maintes occasions à ce que la différence entre la réalité de l'organisme et la forme juridique choisie soit évidente¹³⁵, et c'est la raison pour laquelle on a dit que ces formes, bien souvent, surtout si c'est la commerciale qui a été choisie, ne sont rien d'autres qu'une façade¹³⁶, un déguisement externe¹³⁷ ou simplement une fiction¹³⁸.

24. Mais le problème fondamental qui se pose au juriste pour sa tâche comparative, au moment d'étudier ces aspects est l'impossibilité de classer, de manière absolue, toutes ces figures juridiques possédant une personnalité juridique propre, dans la catégorie des personnes de droit public (par exemple, conformément aux linéaments de l'établissement public) ou dans la catégorie des personnes de droit privé (par exemple la société anonyme de capital public).

En effet, quand l'entreprise publique se place pleinement dans le domaine public, bien que douée de personnalité et autonomie financière, elle relève encore du concept *d'imperium*, en accord avec les normes propres de l'Administration, le doute évidemment, penche en faveur du régime de droit administratif. Au contraire quand l'Etat, dans sa gestion économique, a choisi la forme de droit privé, soumise aux règles de l'activité privée et aux préceptes de droit civil et commercial, la décision n'est pas difficile non plus¹³⁹. Mais ce ne sont pas les cas extrêmes, mais plutôt les intermédiaires, qui créent de difficiles problèmes.

En effet, dans les systèmes qui ne suivent pas les linéaments du droit d'Europe continentale et dans lesquels on ne peut recourir en forme absolue à la classification en personnes publiques ou privées, la catégorie intermédiaire de ces figures juridiques se multiplie. Ainsi, par exemple au sujet des pays anglo-saxons, où, comme en Angleterre, «n'est pas établie très clairement la distinction entre sujets publics et privés»¹⁴⁰ il n'est pas possible d'insérer la *Public Corporation* dans le

134 V. G. LANGROD, «L'entreprise publique en droit administratif comparé», *loc. cit.*, p. 22.

135 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 332.

136 V. G. LANGROD, «L'entreprise publique ...», *loc. cit.*, p. 219.

137 V. J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado... », *loc. cit.*, p. 90.

138 Antonio BROCHADO DA ROCHA, «Rapport brésilien» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 105.

139 Cf. F. LABADIE OTERMIN, «Problemática de la empresa pública», *loc. cit.*, p. 173.

140 V. Laureano LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *RAP*, n° 3, 1950, p. 393.

schéma rigide du droit continental car celle-ci, par sa nature même, se présente comme un organisme de caractère «semi-public»¹⁴¹.

Par ailleurs, concernant les pays de régime socialiste et d'économie planifiée, les entreprises nationalisées se présentent généralement telle une synthèse entre la personne de droit public et la personne de droit privé. A cet effet, Katzarov a signalé que si l'on prend comme critère de la différenciation entre personnes juridiques de droit public et personnes juridiques de droit privé la manière dont elles ont été constituées et subsistent, c'est à dire en d'autres termes, si nous admettons que la personne juridique de droit public est celle qui est constituée et qui existe de droit, en vertu d'une loi, tandis que la personne juridique de droit privé résulte d'une transaction juridique, nous devons reconnaître que l'entreprise d'Etat ne trouve sa place ni dans l'une, ni dans l'autre catégorie¹⁴². Nous ne sommes pas, ajoute Katzarov, en présence de quelque chose de nouveau en substance sinon en présence d'une nouvelle combinaison à laquelle nous pourrions appliquer l'expression «parastatale», «semi-public», etc. si nous voulons absolument lui donner une qualification propre; cette combinaison nous conduit en droit général public et privé à des complication ou innovations importantes qui posent de graves problèmes¹⁴³.

25. En présence de cette situation, l'étude des formes juridiques personnalisées par l'Etat pour développer ses activités économiques, ne peuvent évidemment se limiter à l'analyse des établissements publics (personnes publiques) et des sociétés commerciales (personnes privées) de capital public ou mixte; cette étude doit embrasser les catégories ou formes juridiques intermédiaires entre les personnes publiques et les personnes privées, telles que les *Public Corporation* anglaises, les *Government Corporation* américaines, et les entreprises d'Etat des pays socialistes. De plus, le droit comparé présente d'autres catégories intermédiaires entre la personne publique (établissement public) et la régie industrielle étudiée précédemment, comme la dénommée Régie d'Etat en Belgique qu'il est nécessaire d'étudier séparément.

Donc, notre étude comparative des formes juridiques personnalisés utilisées par l'Etat pour développer ses activités industrielles ou commerciales et leurs divers régimes juridiques sera faite -sans oublier la véracité de l'affirmation de R. Drago de ce que toute classification en la matière comporte nécessairement un aspect artificiel¹⁴⁴- au moyen de l'analyse séparée de la régie d'Etat ou des Administrations d'Etat instituées à des fins commerciales, de l'établissement public industriel et commercial, des formes juridiques intermédiaires (*Public* et *Government Corporation* et entreprises d'Etat des pays socialistes) et des sociétés commerciales de capital public ou mixte suivant le degré d'application des normes du droit public à leurs activités.

141 Cf. L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas ... », *loc. cit.*, p. 395.

142 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 337.

143 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 339.

144 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 5.

A. Les régies d'Etat

26. Dans cette première catégorie intermédiaire entre la régie industrielle et l'établissement public, nous pouvons inclure les régies d'Etat belges et les Administrations d'Etat instituées à des fins commerciales en Norvège et en Finlande¹⁴⁵. Les régies d'Etat, telles que les définit M. A. Flamme sont des services publics nationaux centralisés et personnalisés, gérés directement par le ministre et donc dépourvus de toute autonomie organique. Ces régies jouissent d'une autonomie technique, ont une comptabilité commerciale et un patrimoine distinct et font l'objet d'une gestion industrielle basée sur la considération du prix de revient, ce qui est impossible à l'Etat¹⁴⁶. Il existe en Belgique trois régies d'Etat dont l'activité est indiscutablement commerciale: la Régie des services Frigorifiques de l'Etat; la Régie des Télégraphes et Téléphones (R.T.T.); la Régie des Voies Aériennes

Donc ce qui distingue les régies d'Etat belges des services économiques non autonomes (régies industrielles françaises) est le fait d'être pourvues de personnalité. En effet, dans ce cas, l'octroi de la personnalité juridique au service ne lui fait pas perdre le caractère d'administration centralisée lorsque l'objectif est essentiellement celui de permettre à certaines entreprises étatiques à caractères industriel ou commercial d'échapper aux règles de gestion financière et comptable traditionnellement en vigueur dans l'Etat, puisque les administrations ainsi personnalisées demeurent sous l'autorité hiérarchique directe d'un ministre¹⁴⁷.

Dans cette catégorie des régies d'Etat on peut inclure les entreprises industrielles d'Etat de la Finlande; elles sont dotées d'un comité de direction propre et de même ne se distinguent des entreprises gérées directement par l'Etat que par l'octroi de personnalité, bien qu'elles soient soumises à l'autorité directe du ministre¹⁴⁸.

D'autre part, les régies d'Etat ainsi conçues se distinguent des établissements publics que nous verrons plus loin, bien que les deux soient pourvus de personnalité juridique, ceci pour le fait signalé que le ministre exerce sur les premières un pouvoir hiérarchique et sur les autres une tutelle qui ne lui donne généralement pas le droit de prendre des décisions, mais seulement celui d'approuver ou de rejeter des résolutions¹⁴⁹.

27. Comme dit précédemment, en Belgique toutes ces administrations personnalisées demeurent centralisées car elles sont gérées, non pas par des autorités distinctes de l'Etat, mais par des représentants du pouvoir central soumis au contrôle hiérarchique du ministre sous lequel chacune de ces administrations se trouve placée. Ainsi, aux termes de sa loi organique, la Régie des Télégraphes et des

145 V. Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 64.

146 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 8.

147 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 30; Victor CRABBE, «La empresa pública en Bélgica», *ICE*, marzo 1.964, p. 115.

148 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 7 et 12; Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 64.

149 Cf. Antonio BROCHADO DA ROCHA, «Rapport brésilien» in *VI CICFP*, Vol. 4, p. 103.

Téléphones est représentée et gérée par le ministre qui a les télégraphes et les téléphones dans ses attributions, cependant qu'un comité de surveillance est chargé du contrôle de la comptabilité¹⁵⁰. Au contraire et ainsi que nous l'avions déjà dit, ces entreprises, en Finlande, sont soumises à un comité spécial de direction bien que dépendant d'un contrôle considérable du gouvernement¹⁵¹.

28. En ce qui concerne leur budget, ces entreprises sont considérées comme département du gouvernement¹⁵² et de ce fait, en Finlande, elles ne disposent pas d'un capital propre et dépendant totalement du budget de l'État dans lequel on fait l'estimation de dépenses d'investissements et des dépenses¹⁵³. Quant aux biens des régies d'État belges, ils sont soumis au régime de la domanialité, tout comme les biens des services administratifs non personnalisés; et du fait que la Régie d'État jouit de personnalité séparée, on a considéré que l'État a cédé ces biens en propriété aux dites régies, réserve faite que cette cession de propriété ne soit considérée qu'à la façon d'un «artifice juridique» qui, loin d'entraîner une diminution de l'avoir de l'État, réservait au gouvernement l'exercice de droits, mitigeant singulièrement le caractère à première vue absolu de la cession¹⁵⁴.

29. D'autre part, étant donné la nature spécifique de ces régies d'État belges, le personnel qui leur prête ses services est soumis au statut réglementaire des gens de l'État tout comme l'est celui des régies françaises ou des services non personnalisés¹⁵⁵. En Finlande et en Norvège au contraire, les administrations d'État instituées en vue d'activités commerciales ont un système de salaire plus libre et, quant aux conditions d'emploi des ouvriers, il existe certaines différences en relation avec la fonction publique¹⁵⁶.

Enfin, touchant au régime juridique externe de ces entreprises publiques, il est semblable à celui des services dépourvus de personnalité; bien qu'elles réalisent des activités commerciales, elles ne possèdent pas la qualité de commerçants, elles ne peuvent compromettre et leurs biens ne peuvent être l'objet d'exécution forcée¹⁵⁷.

B. Les établissements publics industriels et commerciaux

30. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans la polémique à laquelle a donné lieu la crise de la notion d'établissement public en France, causée par la multiplication des établissements publics industriels et commerciaux¹⁵⁸, il faut signaler qu'en droit

150 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 30.

151 Cf. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 7; Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 64.

152 Cf. Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 64.

153 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 8.

154 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 42.

155 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 36.

156 Cf. Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 65.

157 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 56, 62 et 72,

158 V. R. DRAGO, *La crise de la notion d'établissement public*, Paris 1950.

comparé, et encore actuellement en France,¹⁵⁹ lorsqu'on parle d'établissement public, on veut au moins signifier l'existence d'un organisme d'Etat décentralisé pourvu de personnalité de droit public¹⁶⁰.

Dans ce sens, J. Rivero, constatant l'évolution qu'a eue en France la notion d'établissement public -laquelle a perdu toute valeur juridique puisqu'elle n'implique plus nécessairement une activité de service public ni une distinction fondamentale avec les personnes territoriales, et qu'elle ne fournit aucune précision sur le régime juridique de l'organisme- en arrive cependant à la conclusion que la seule chose sûre qui puisse être déduite de cette notion, est le caractère de *personne publique* de l'organisme concret, d'où découle un contrôle exercé sur lui par une autorité de tutelle et sa subordination à certaines règles de droit public¹⁶¹.

Donc et dans ce même sens, quand nous parlerons d'établissements publics industriels et commerciaux dans cette étude, nous nous référerons à ces *personnes publiques* par l'intermédiaire desquelles l'Etat développe des activités économiques et qui sont ainsi dénommées en France, en Belgique, en Espagne, en Uruguay et au Brésil¹⁶²; on les nomme institutions publiques autonomes en Allemagne et en Autriche¹⁶³, Instituts officiels autonomes au Vénézuéla¹⁶⁴ ou organismes autarchiques en Argentine¹⁶⁵, et *ente pubblici* en Italie¹⁶⁶. En quelque sorte aussi, la catégorie de *Public Authorities* américaines et anglaises pourrait entrer dans la liste des personnes publiques et être incluse dans cette catégorie générique des établissements publics puisque par *authority* les américains entendent un type d'organisme *public* administratif doué de pouvoirs spéciaux de gouvernement¹⁶⁷. Cependant, nous avons préféré, à cause de leurs particularités, les traiter à part, comme une forme juridique intermédiaire.

159 Cf. M. WALINE, *Droit administratif*, 9 édition, Paris 1963, p. 383.

160 V. les références au droit comparé (France, Allemagne, Belgique, Italie, Espagne, Amérique Latine faites dans le n° 12.

161 V. Jean RIVERO, *Droit administratif*, 2° édition, Paris 1962, p. 404.

162 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 6; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 9 et 30; F. GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 135; Enrique SAYAGUES LASO, «Les établissements publics économiques en Uruguay», *RISA*, 1956, n° I, pp. 5-15; Antonio BROCHADO DA ROCHA, «Rapport brésilien» in IV CICFP, Vol. 4, p. 101

163 V. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 4; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 2; Cf. Theo KELLER, «La economía propia de las corporaciones públicas», *loc. cit.*, p. 156.

164 V. Tomás POLANCO, «La administración pública», in *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1951, pp. 315 et ss.

165 V. Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo, cit.*, Vol. I, p. 433

166 V. M. S. GIANNINI, «Sobre las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 18.

167 Cf. Fernando GARRIDO FALLA, «La intervención administrativa en materia económica y las corporaciones de gobierno en Norteamérica», *RAP*, n° 3, 1950, p. 424.

(a) Régime juridique interne

31. L'existence d'organismes publics économiques, doués de personnalité juridique propre n'est rien d'autre qu'une manifestation de la dénommée Administration indirecte ou médiate de l'Etat¹⁶⁸ réalisée par l'intermédiaire d'organismes fonctionnellement décentralisés de l'Administration centrale de celui-ci¹⁶⁹. Donc, en principe, le régime juridique interne des établissements publics économiques est déterminé par le droit public, surtout pour ce qui se réfère aux relations entre l'organisme décentralisé et l'Administration centrale¹⁷⁰. Pourtant Forsthoff a dit que malgré les liens étroits qui unissent à l'Etat les organes administratifs groupés dans l'administration médiate de l'Etat, la distinction entre celle-ci et l'administration directe de l'Etat revêt une importance pratique considérable: fondamentalement l'administration médiate d'Etat se trouve hors de la série des autorités directes de l'Etat auxquelles elle n'est pas assujettie par une subordination officielle¹⁷¹.

32. Le régime interne de droit public qui caractérise, en principe, les établissements publics économiques, se reflète, en premier lieu, parce que généralement la création de ces personnes publiques requiert une loi spéciale comme en France, en Allemagne, en Belgique, et au Vénézuéla¹⁷².

33. D'autre part le régime interne de droit public des établissements publics industriels et commerciaux répercute sur son organisation qui se caractérise par le degré d'autonomie dont ils disposent, vis-à-vis de l'Administration centrale. C'est peut-être l'aspect le plus important du régime des établissements publics économiques, dans lesquels les décisions rapides sont nécessaires, les interventions directes des organes politiques et de l'Administration centrale étant exceptionnelles et la direction de l'entreprise en forme indépendante revenant à un organe spécial de gestion.

En effet, dans le schéma habituel de cette décentralisation des entreprises publiques, leur direction correspond à un conseil d'administration sous les ordres duquel se trouve un directeur ou un directeur général en tant qu'organe exécutif.

En présentant le schéma français, R. Drago signale que le Conseil d'administration est constitué sur la base du système représentatif selon les règles de la gestion tripartite (Etat, employés, consommateurs) utilisée pour les entreprises issues des lois de nationalisation. Ce schéma comporte de nombreuses variantes encore que les conseils d'administration comportent toujours des représentants de l'Etat et des

168 V. Fernando GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid 1950; Ernst FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 598 et 607.

169 Cf. Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, «Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la administración central», *RAP*, n° 44, 1964, p. 62.

170 V. Natalia GAJL, «Les entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne», *loc. cit.*, p. 156.

171 V. Ernst FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 610.

172 Cf. J. RIVERO, *op. cit.*, Vol. II, p. 404, Ernst FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 644 et 652; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 6. Au Venezuela, Art. 230 de la Constitution de 1961.

représentants des employés de l'entreprise. Les pouvoirs du conseil d'administration sont extrêmement étendus puisqu'il a compétence pour déterminer l'activité générale de l'entreprise, décider les opérations en capital, voter l'Etat des prévisions et le compte des profits et pertes¹⁷³.

La même situation se présente en Belgique, en Allemagne, en Autriche, au Vénézuéla¹⁷⁴. Par ailleurs, les membres des Conseils d'Administration des organismes publics ainsi que leurs directeurs sont nommés et déplacés par l'Administration¹⁷⁵.

34. La création par l'Etat d'organismes ou d'institutions autonomes à des fins industrielles et commerciales a pour objet principal de doter ceux-ci d'une certaine autonomie et flexibilité pour réaliser leurs activités, lesquelles ne pourraient être développées dans le cadre rigide du budget national. Ainsi, les établissements publics qui développent des activités industrielles et commerciales ne doivent pas soumettre leur budget à l'approbation du Parlement, mais seulement à l'approbation du ministre de tutelle respectif¹⁷⁶. Donc, ils ne sont pas soumis à l'obligation budgétaire, ce qui les met en condition, non seulement de procéder à n'importe quel moment à des inversions imprévisibles mais indispensables, mais aussi d'accumuler des fonds de réserve et de pratiquer l'autofinancement. Theo Keller signale que c'est précisément cet autofinancement qui, suivant l'expérience, confère aussi à l'entreprise privée une agilité particulièrement grande dans sa politique d'investissements; cette agilité augmente encore dans le cas de l'entreprise publique parce que la plupart du temps, celle-ci ne se verra pas empêchée, à cause des pressions impositives de mettre les gains en sûreté au moyen d'amortissements et de formation de fonds de réserve¹⁷⁷.

Or, le fait que le budget de l'établissement public ne soit généralement pas soumis, joint à la loi de budget de l'Etat, à l'approbation du Parlement, ne signifie pas que ce dernier n'ait aucune intervention budgétaire. Effectivement, on peut dire que le Parlement possède des moyens financiers sur les entreprises publiques constituées en établissements publics, dans la mesure où l'Etat leur remet généralement à titre d'apport ou de subventions certaines sommes que le Parlement doit approuver en vertu de sa compétence budgétaire générale¹⁷⁸. En France, d'autre

173 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 8.

174 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 30; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 13; Gerhard PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 7; Tomás POLANCO, «La administración pública», *loc. cit.*, p. 334.

175 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 9; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 30; Tomás POLANCO «La administración pública», *loc. cit.*, p. 336.

176 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 79.

177 V. Theo KELLER, «La economía propia de las comunidades públicas», *loc. cit.*, p. 157; Cf. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 14.

178 Cf. André DELION, *op. cit.*, p. 71; Contraloría General de la República, *La fiscalización superior y el presupuesto nacional*, Rapport vénézuélien au V Congrès International des Organismes Supérieurs de Contrôle des Finances Publiques Israel 1965, Caracas 1964, p. 6.

part, selon la loi du 18 juillet 1949, la nomenclature des établissements publics industriels et commerciaux doit être déposée chaque année en même temps que le projet de loi de finances et, conformément à un décret du 19 juin 1956, qui détermine le mode de présentation du budget de l'Etat, le rapport économique qui préface le projet de budget doit contenir une annexe relative aux entreprises publiques qui comporte, classées par le ministère de tutelle, les prévisions budgétaires de tous les organismes du secteur public pour lesquels il est prévu dans le projet de budget un concours financier ou une garantie de l'Etat, ainsi que les comptes qui leur correspondent pour l'année précédente et l'année en course¹⁷⁹.

35. En ce qui concerne les biens des établissements publics industriels et commerciaux, ils sont assujettis en principe au régime de la domanialité publique. En effet, ainsi que l'indique M. A. Flamme, si l'établissement public dispose de biens et de droits, c'est que par l'artifice de la personnalité juridique l'Etat a affecté à un service public déterminé certaines parties de son patrimoine et des pouvoirs de gestion sur celui-ci. Il s'ensuit que tout en constituant une entité distincte, le patrimoine de l'établissement public est et reste un patrimoine de l'Etat, soumis au contrôle de la Cour des Comptes¹⁸⁰. En lignes générales c'est le même principe qui est en vigueur en France, bien que R. Drago signale qu'actuellement il semble que les établissements publics industriels et commerciaux aient tendance à se laisser assimiler à des entreprises ayant la forme de sociétés -et qui ont leurs biens «dans le commerce»- et que dans l'intérêt même de leurs relations commerciales, ils acceptent que leurs biens puissent être saisis¹⁸¹. Au Vénézuéla, par ailleurs, on a signalé que si effectivement les biens appartenant aux Instituts ou Etablissement officiels autonomes ne sont pas soumis au régime fiscal ordinaire prévu pour les biens nationaux, il est nécessaire de faire remarquer que le patrimoine net de ces Instituts autonomes appartient aussi à la Nation. En effet, l'autonomie concédée par la loi à de telles entités quant à l'administration et disposition des revenus dont ils jouissent pour développer les activités qui ont motivé leur création, n'enlève pas à la Nation son droit de propriété¹⁸².

Cependant, concernant les biens utilisés par les établissements publics économiques il convient de distinguer deux catégories. En premier l'eu, les biens simplement mis à la disposition de l'établissement et qui demeurent la propriété du pouvoir public. Tel est le cas, en Belgique, du Port Autonome de Liège auquel l'Etat et la ville de Liège ont apporté en jouissance des voies navigables et leurs dépendances, biens qui continuent à appartenir au domaine public de l'Etat ou de la commune¹⁸³. En second lieu, les biens possédés dès l'origine ou acquis en propriété sur ses fonds propres par l'établissement et qui relèveront de son domaine public ou privé, selon les critères traditionnels. Dans ce dernier cas, il faut indiquer que chaque

179 V. André DELION, *op. cit.*, p. 57.

180 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 43.

181 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 10.

182 V. Contraloría General de la República, *La contabilización y el control del patrimonio estatal*, Rapport Vénézuélien au II Congrès Latino-américain des Organismes Supérieurs de Contrôle des Finances Publiques, Chili 1965, Caracas 1965, p. 10

183 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 44.

établissement est évidemment libre d'acquérir, d'aliéner, d'emprunter, d'accepter des dons et legs, sous le contrôle toutefois de l'autorité de tutelle, mais tous ces biens lui appartiennent concrètement.

36. Par ailleurs et quant au régime du personnel des établissements publics industriels et commerciaux, les solutions du droit comparé ne sont pas uniformes. En effet, en Belgique et en Autriche le personnel des établissements publics se trouve normalement dans une situation légale et réglementaire et ce, parce que le régime de droit public pour le personnel, permet de réaliser le but de service public poursuivi puisque l'autorité compétente peut modifier unilatéralement le statut réglementaire selon les besoins du service. En tout cas cette situation existe fondamentalement pour les employés, les ouvriers pouvant être embauchés conformément aux normes générales du contrat de travail, comme en Belgique, en Espagne, au Vénézuéla¹⁸⁴.

Cependant, une autre grande partie du droit comparé refuse le statut de fonctionnaires au personnel des établissements publics industriels et commerciaux. En ce qui concerne la France, R. Drago mentionne que ce personnel est soumis, dans son intégralité à un statut de droit privé, même si dans certaines entreprises il existe des statuts résultant d'actes réglementaires (électricité et gaz). De toute manière, même dans ces derniers cas, les rapports entre le personnel et l'entreprise relèvent intégralement du droit privé¹⁸⁵.

Quant au directeur de l'établissement, son statut est un statut de droit public; il assure la direction générale de l'entreprise, ayant, en fait le plus souvent un pouvoir de décision extrêmement étendu et exerce son autorité sur l'ensemble du personnel¹⁸⁶.

Mais, bien que dans ces systèmes le régime du personnel soit, en général, le régime du travail de droit privé, il existe une limitation concrète au droit de grève. En France, ce droit se trouve limité par l'institution de préavis de cinq jours et l'interdiction des grèves «tournantes» instituées par la loi du 31 juillet 1963. D'autre part, lorsqu'il s'agit de services destinés à satisfaire des besoins fondamentaux et lorsque la grève porte atteinte à ces besoins de façon suffisamment grave, le gouvernement peut procéder à la réquisition du personnel¹⁸⁷, cette situation se rencontre au Vénézuéla¹⁸⁸.

184 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 37; Gerhard PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 7; J. L. VILLAR PALASI, «La actividad industrial del Estado ...», *loc. cit.*, p. 82.

185 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 9; Cf. G. LANGROD, «L'entreprise publique en droit administratif comparé», *loc. cit.*, p. 227; P. DUPONT, *op. cit.*, p. 119.

186 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 9.

187 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 9.

188 V. A. R. BREWER-CARÍAS, «El derecho de huelga en el concepto de libertad en el Estado moderno», *RFD*, n° 21, 1961, p. 280.

(b) Régime juridique externe

37. Le principe général, concernant le régime juridique extérieur des établissements publics industriels et commerciaux qui est peut-être ce qui le caractérise par rapport à l'établissement public classique, est celui d'être régi par le droit privé et concrètement par le droit commercial¹⁸⁹. Ainsi les contrats signés avec leurs clients, leurs fournisseurs et les tiers, sont soumis au droit privé.

38. Par ailleurs, l'objet des établissements publics industriels et commerciaux étant incontestablement commercial, c'est le tribunal de commerce qui est compétent pour juger des litiges provenant de leurs rapports contractuels ou quasi délictuels avec le public en général, fournisseurs ou usagers¹⁹⁰.

39. Bien que la situation précédente soit généralisée en droit comparé, il est nécessaire de faire une distinction entre les établissements économiques qui gèrent un service public et celle qui n'en gèrent pas. Généralement quand il s'agit d'un service public industriel ou commercial, les relations avec les usagers peuvent être réglées quelquefois par des normes de droit public. Effectivement, en Allemagne, K. Vogel signale que la relation avec les usagers est réglementée, dans toutes les institutions publiques par les statuts de chacune d'elles; ainsi par exemple la relation d'usage avec les Postes fédérales est considérée par l'opinion dominante comme une relation de droit public, et la relation avec les Chemins de fer fédéraux, comme de droit civil. En conséquence, pour les litiges qui surviennent entre les institutions publiques et leurs usagers, les tribunaux administratifs sont compétents en ce qui concerne la configuration juridique publique de la relation d'usage et dans les autres cas -sur la base d'une disposition légale spéciale, et également pour les relations juridiques publiques d'usage dans le secteur des Postes fédérales- les tribunaux civils¹⁹¹.

40. Par ailleurs, étant donné que l'établissement public possède le caractère de personne publique, il jouit, en diverses occasions, de quelques prérogatives d'Etat et de bénéfices spéciaux.

En premier lieu, en Belgique par exemple, il est interdit aux établissements publics, ainsi qu'à toute personne publique territoriale, d'être partie à une procédure arbitrale. Cette situation, contraire à celle en vigueur en Italie, en Allemagne et aux Pays-Bas, a été critiquée par M. A. Flamme¹⁹².

En second lieu, de nombreux établissements de caractère industriel et commercial jouissent de prérogatives déterminées de la puissance publique, par

189 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, pp. 6, 10 et 12; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 53; M. S. GIANNINI, «Sobre las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 16; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 4.

190 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 54; P. DU PONT, *op. cit.*, p. 64; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 16; F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention de l'Etat ...», *loc. cit.*, p. 239.

191 V. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, pp. 8 et 15.

192 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, gags. 62-65.

exemple, le pouvoir d'expropriation en Belgique et au Vénézuéla¹⁹³ et l'impossibilité d'exercer contre eux des voies d'exécution forcée. En Belgique, les établissements publics jouissent de cette dernière prérogative en forme généralisée¹⁹⁴ et au Vénézuéla seulement quand une loi spéciale la leur octroie¹⁹⁵. En France, bien que les établissements publics soient en principe insaisissables, il semble que parfois, ainsi qu'il a été dit précédemment, ces établissements, dans l'intérêt de leurs rapports commerciaux, acceptent que leurs biens puissent être saisis¹⁹⁶.

Par ailleurs, certains établissements publics industriels et commerciaux, en vertu de la nature de leur activité jouissent de certains monopoles d'importation, comme le Magasin d'Etat des céréales en Finlande¹⁹⁷.

Quant au régime fiscal, étant donné l'activité que développent ces établissements, c'est celui de droit commun qui est appliqué¹⁹⁸; cependant en maintes occasions l'Etat exonère de tous ou certains de leurs impôts des établissements déterminés pour aider leur développement, comme c'est le cas en Belgique, en Allemagne et au Vénézuéla¹⁹⁹.

41. Enfin, en relation avec le régime juridique extérieur des établissements publics industriels et commerciaux, il est nécessaire de préciser, en droit comparé, si ceux-ci ont ou n'ont pas la qualité de commerçants.

Le même problème a été posé au moment d'analyser l'action de l'Etat par l'intermédiaire de ses services non décentralisés et dépourvus de personnalité. Dans ces cas, quand le service public commercial et industriel est exploité directement par l'Etat, ses activités sont imputables à l'Etat. La personne morale qui agit par l'intermédiaire du service public industriel et commercial c'est l'Etat et celui-ci, comme nous l'avons vu, ne peut acquérir la qualité de commerçant, car un commerçant est une personne qui se dédie habituellement au commerce en tant que profession et l'Etat ne peut faire du commerce une profession. Il peut être amené à faire du commerce dans tel ou tel secteur par l'intermédiaire des services économiques non personnalisés, mais il ne peut pas être « commerçant » car son objectif fondamental est la défense des intérêts nationaux et non pas la réalisation d'un profit quelconque. Sans doute, comme nous l'avons vu, le service économique en régie se verra appliquer certaines règles de droit privé, comme d'ailleurs tous les services publics à gestion privée, mais il ne sera pas commerçant, il ne sera pas soumis par là même au Code du commerce.

193 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 66; Eloy LARES MARTINEZ, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 447.

194 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 70.

195 V. Art. 74 de la Loi organique des finances publiques nationales du Vénézuéla.

196 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 10.

197 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 26.

198 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 13.

199 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 66-69 et 128; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 11; au Vénézuéla, V. art. 74 de la loi organique des finances publiques nationales.

Supposons maintenant, dit le doyen G. Vedel, qu'un service public industriel et commercial reçoive la personnalité morale et se trouve ainsi érigé en établissement public industriel et commercial; quelle va être la conséquence? C'est que désormais il existe une personne morale dont la raison d'être est de faire le commerce; et la situation est alors profondément changée puisque désormais l'on n'a pas affaire à l'Etat qui, accessoirement, fait du commerce, mais à une personne morale dont la raison d'être est de faire le commerce²⁰⁰.

En présence de ce problème qui est encore posé, puisque les opinions sont contradictoires, G. Vedel conclut en se demandant si l'établissement public à caractère industriel et commercial n'est pas une catégorie du droit administratif français, une personne publique commerçante ou d'un terme plus bref, «un commerçant public»²⁰¹.

De même en droit comparé la situation n'est pas uniforme. En effet, en Autriche, les institutions publiques indépendantes sont considérées comme commerçantes, selon le droit commercial, parce qu'elles exploitent une affaire et sont inscrites au Registre du commerce²⁰². En France, malgré qu'on ait discuté sur la qualité de commerçant des établissements publics industriels et commerciaux, R. Drago signale qu'aujourd'hui les entreprises publiques ont la qualité de commerçants et sont inscrites au Registre du commerce. A ce sujet, le décret du 9 août 1953, portant réforme du registre du commerce a exigé l'inscription de «toute entreprise publique française constituée sous la forme d'un établissement public de caractère industriel ou commercial ayant la personnalité civile et l'autonomie financière», formule reprise par le Décret du 27 décembre 1958 sur le registre du commerce²⁰³.

En Belgique, au contraire, comme solution au problème, la jurisprudence a estimé que les établissements publics, bien que réalisant habituellement des opérations commerciales, ne peuvent être considérés commerçants et cette solution a une importance pratique évidente: les organismes en cause n'étant pas commerçants, ils ne sont dans l'obligation ni de tenir des livres de commerce, ni de prendre une inscription au Registre du commerce, cependant que la procédure de la faillite leur est inapplicable²⁰⁴.

En Italie, selon T. Ascarelli, l'article 7 du Code de commerce, en sanctionnant que l'Etat, les provinces et les communes bien que pouvant exécuter des actes de commerce ne se convertissent pas en commerçants, n'énonce qu'un cas particulier d'une règle plus générale: en effet, toutes les personnes publiques, précisément du fait de leur condition, se proposent nécessairement un but public et non pas celui de réaliser professionnellement des actes de commerce; l'exécution professionnelle d'actes de commerce ne peut constituer qu'un moyen pour mieux obtenir le but

200 V. G. VEDEL, *Droit administratif, cit.*, Vol. II, p. 470.

201 V. G. VEDEL, *op. cit.*, Vol. II, p. 471.

202 Cf. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 11.

203 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 11; A. de LAUBADERE, *Cours de grands services publics et entreprises nationales 1962-1963*, (polycopié), Paris, p. 320.

204 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 57.

public pour lequel elles sont créées²⁰⁵. Au Vénézuéla et du fait que l'article 7 du Code du commerce est rédigé en forme similaire à l'article cité plus haut, on pourrait faire valoir le même raisonnement, bien que sur la base d'une vieille jurisprudence, le Professeur Goldschmid ait soutenu que si leurs normes régulatrices ne le leur interdisent pas, les instituts autonomes peuvent acquérir la qualité de commerçant²⁰⁶.

Enfin, selon l'opinion de la doctrine espagnole, ni l'Etat, ni les autres corporations de droit public, ne peuvent recevoir le titre de commerçants, puisque le but des corporations publiques n'est jamais l'exercice du commerce et si l'activité commerciale intervient dans leurs fonctions, c'est toujours accessoirement et précisément pour la défense d'un intérêt public²⁰⁷.

(c) *Formes juridiques spéciales*

42. En dehors de la configuration de l'établissement public industriel et commercial que nous avons vue plus haut comme personne juridico-publique, le droit comparé nous montre quelques organismes qui réalisent aussi des activités commerciales et industrielles, et auxquels, bien qu'étant des personnes publiques, étant donné leurs fonctions et leurs caractéristiques particulières, la loi a assigné une forme typique de droit privé. Tel est le cas des établissements publics de forme sociétaire, en Belgique (Banque Nationale)²⁰⁸ en Finlande (*Alkoholihike*: Société des alcools; *Ileisradio*: Société de radiodiffusion)²⁰⁹, et de la Banque Centrale du Vénézuéla, qui tout en «étant personne publique a la forme de société anonyme par attribution de sa loi de création²¹⁰.

43. Ces établissements ou personnes publiques dotés de forme sociétaire sont régis, en lignes générales, par quelques-uns des principes qui ont été signalés précédemment au sujet des établissements publics.

Cependant, si en Belgique, il ne leur est pas attribué le titre de commerçants²¹¹ au Vénézuéla, le fait d'avoir la forme de société anonyme et l'inexistence de disposition légale contraire, oblige à leur conférer ce titre conformément aux préceptes du Code de commerce²¹².

44. Par ailleurs, et également comme forme spéciale utilisée par l'Etat pour développer ces activités industrielles et commerciales, le droit allemand nous présente les corporations de droit public, peu importantes et d'utilisation peu

205 V. Tulio ASCARELLI, *Introducción al derecho comercial*, Buenos Aires 1947, p. 73.

206 V. Roberto GOLDSCHMIDT, *Curso de derecho mercantil*, Caracas 1964, p. 77; Oscar LAZO, *Código de comercio de Venezuela*, Caracas 1963, p. 76.

207 V. J. GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, Vol. I, Madrid 1955, p. 250.

208 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 31.

209 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 16 et 17.

210 V. Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de derecho administrativo*, cit. pp. 264 et 265.

211 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 57.

212 V. Art. 10 du Code du commerce du Vénézuéla.

fréquente²¹³. Ce sont des associations de droit public capacités juridiquement, organisées sur la base de la qualité d'associés de leurs membres et qui garantissent l'exécution d'objectifs de l'Etat sous la surveillance de celui-ci²¹⁴. Ainsi la corporation de droit public se distingue avant tout des autres organismes administratifs autonomes, parce que c'est une association dont l'édifice repose sur la base de la qualité d'associé.

45. Dans cette même catégorie des corporations de droit public, nous pouvons inclure quelques-unes des figures qu'en Belgique M. A. Flamme appelle associations de droit public, c'est à dire services publics personnalisés, institués par le procédé de l'association de personnes publiques exclusivement. Ces associations de droit public comprennent des coopératives de pouvoirs publics (associations de personnes publiques qui se caractérisent par la considération du principe coopératif: Crédit communal de Belgique, Société nationale du logement) et des associations intercommunales pures groupant exclusivement avec n'importe quelle forme juridique des personnes publiques (communes, provinces, Etat), soit en vue d'un objet d'intérêt communal bien déterminé, soit en vue de promouvoir l'équipement économique régional²¹⁵. Ces associations de droit public appliquent les principes coopératifs quant à leur fonctionnement interne, et bien que leur personnel soit soumis généralement à un régime statutaire ou réglementaire, leurs biens peuvent être soumis au régime de la domanialité publique et elles ne sont pas considérées commerçantes²¹⁶.

C. Formes juridiques intermédiaires

46. A part la catégorie juridique étudiée précédemment, c'est à dire les établissements publics industriels et commerciaux dont les particularités varient d'un pays à l'autre, mais qui se présentent toujours comme *personnes publiques* non territoriales, il existe aussi en droit comparé, sans que par ailleurs, elles puissent être intégralement placées sur la liste des personnes juridiques avec des formes de droit privé, deux sortes d'entreprises d'Etat semi-publiques qu'il faut étudier comme des catégories juridiques intermédiaires.

47. En effet, dans les pays anglo-saxons et plus précisément dans le droit anglais, la distinction entre sujets publics et privés n'est pas très claire. López Rodó dit que ceci est dû au fait que dans leur régime traditionnel il n'existait pas de personnes de droit public puisqu'il n'y avait pas de *jus singulare* pour l'Administration et tous les sujets étaient soumis aux tribunaux ordinaires²¹⁷.

D'autre part, c'est seulement pendant la première moitié de ce siècle que l'Administration a conquis des prérogatives et s'est vue soumise à un régime

213 Cf. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 3; Theo KELLER, «La economía propia de las comunidades públicas», *loc. cit.*, p. 157.

214 V. Ernst FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 628.

215 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 10.

216 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 32, 39, 45 et 56.

217 V. Laureano LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 393.

juridique spécial, et qu'il a été créé des tribunaux administratifs envahissant le domaine de la Justice. Bien qu'ainsi il soit possible maintenant de commencer à parler de sujets publics et privés, selon le statut légal auquel ils sont soumis ou selon le degré de parenté qu'ils gardent avec les sujets de l'un ou l'autre type, les *Public Corporations* ne peuvent être placées dans l'une ou l'autre catégorie du fait qu'elles présentent un caractère semi-public et même si l'on peut dire qu'il existe en elles une tendance en faveur de leur caractère public²¹⁸.

48. D'autre part, dans les pays d'économie planifiée où le processus des nationalisations s'est fait en appliquant les réformes nécessaires, sans perdre de temps à réaliser des études profondes, il s'est présenté des formes hétérogènes qui sont venues s'intercaler d'une part entre la réalisation, directement par l'État en sa qualité de personne juridique de droit public, d'une activité économique, et d'autre part, le maintien apparent des sujets de droit existant antérieurement. Ainsi sont nées les entreprises d'État; le double désir du législateur de soumettre, au moyen des nationalisations, l'ensemble de la vie économique à ses directives et d'établir une séparation entre l'État et le patrimoine ainsi que la personnalité des sujets chargés d'animer la vie économique suivant les linéaments de l'État, a donné comme résultat, comme l'affirme Katzarov, la création d'un droit matériel particulier -mélange de droit administratif et de droit public²¹⁹- sous le régime duquel ces sujets doivent agir.

En Pologne par exemple on les considère comme une institution complexe; ainsi les rapports dans lesquels l'entreprise entre en participant aux relations économiques avec les autres organismes, en nouant des contacts avec d'autres sujets économiques, sont réglés avant tout par les normes du droit civil. Les rapports juridiques entre l'entreprise et les organes supérieurs sont réglés principalement par les normes du droit administratif et financier mais aussi, dans une mesure de plus en plus grande, par celles du *droit civil*²²⁰.

Donc, puisqu'il n'est pas possible de classer en forme rigide les entreprises d'État des pays socialistes, ni dans la catégorie des personnes publiques, ni dans celle des personnes privées²²¹ il est nécessaire de les étudier également comme formes juridiques intermédiaires.

(a) Les «Public et les Government Corporations»

49. Au sujet de la *Public Corporation* anglaise il faut signaler qu'il n'est pas facile de la définir avec précision car en plus d'être un terme très ample qui comprend non seulement les organismes régissant des entreprises nationalisées de caractère économique, mais aussi ceux qui poursuivent d'autres buts (de type politique, social, culturel, etc.), de même pour ceux qui sont de type économique uniquement, il n'existe pas en Angleterre une législation uniforme puisqu'elles

218 Cf. Laureano LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 394.

219 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 311, 12, 328 et 329.

220 Cf. Zygmunt RYBICKI, *Rapport polonais*, pp. 9 et 10.

221 Cf. K. KATZAROV. *op. cit.*, p. 337.

adoptent différentes formes et modalités²²². Cependant et avant tout, comme l'a dit W. A. Robson, la *Public Corporation* est une personne juridique ou légale qui peut comparaître en justice et être poursuivie devant les tribunaux en matière contractuelle et délictuelle; elle est soumise à la loi nationale ordinaire, sauf pour des exceptions expressément établies dans la loi de création²²³.

Ceci d'ailleurs a été clairement établi par la *Court of Appeal* qui s'est chargée, dans l'affaire *Tamlin-Haunaford* en 1950, du *status* légal de la *British Transport Commission* en déclarant que «devant la loi la *Corporation* est maîtresse d'elle-même et en conséquence, totalement responsable comme n'importe quelle personne ou corporation; elle n'est pas la Couronne et n'a aucun de ses privilèges et immunités. Ses fonctionnaires ne sont pas des fonctionnaires publics et ses biens ne sont pas ceux de la Couronne. Elle est soumise aux lois (*acts*) du Parlement comme n'importe quel sujet du roi. C'est du reste une autorité publique et ses buts sont sans aucun doute des buts publics mais ce n'est pas un Département gouvernemental en forme absolue et ses pouvoirs ne sont pas les pouvoirs du gouvernement»²²⁴. Il est donc absolument clair qu'une *Public Corporation* n'est ni serviteur ni agent de la couronne, qu'elle est assujettie au droit commun du pays plus ou moins dans la même mesure qu'une compagnie commerciale ou une personne privée, exception faite seulement des immunités spéciales concédées par la loi de création²²⁵. Pourtant elles sont considérées, d'autre part, comme des organismes administratifs autonomes chargés de diriger et contrôler un secteur déterminé de l'économie²²⁶, et c'est ainsi que A. Marin Marin les classe entre l'établissement public et les sociétés de l'Etat en forme de droit privé²²⁷.

Donc et étant donné le caractère semi-public des *Public Corporations* anglaises, elles demandent à être étudiées séparément, conjointement avec les *Government Corporations* américaines.

50. En effet, les *Government Corporations* américaines ont été considérées également comme des entreprises de propriété publique qui ont été incorporées au droit fédéral, droit des Etats ou au droit local pour une affaire particulière ou dans un but financier. Elles sont calquées sur les corporations privées et jouissent généralement de la faculté de réaliser des emprunts, retenir des bénéfices et opérer, libres des contrôles ordinaires fiscaux et personnels du gouvernement; de ce fait, elles sont aussi capables pour intenter une action et peuvent être demandées en

222 Cf. Laureano LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 388.

223 V. W. A. ROBSON, «Les nationalisations en Grande-Bretagne», in *Les nationalisations en France et à l'étranger*, Paris 1958, p. 28; du même auteur, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña», *RAP*, n° 22, 1957, p. 115.

224 V. William A. ROBSON, *Industria Nacionalizada y Propiedad Pública*, Madrid 1964, p. 71.

225 Cf. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 115.

226 Cf. F. GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 137.

227 V. S. MARÍN MARÍN, *Aspectos de la administración pública autonómica*, *cit.*, p. 274.

justice²²⁸. Il faut cependant signaler qu'il manque aussi aux *Government Corporation* un statut juridique uniforme et pour cette raison l'énumération de leurs caractéristiques ne pourra se faire qu'en termes généraux. De plus, ce manque d'uniformité se reflète fondamentalement dans les notes qui marquent son degré de connexité avec l'Administration fédérale américaine²²⁹ et rend plus difficile encore sa configuration juridique générale comme personne publique ou privée. Il est nécessaire de signaler pourtant que Pfiffner, constatant dans le droit européen la pratique de la création de personnes juridiques publiques dotées d'une certaine autonomie, mais plus ou moins dépendantes de l'Etat, conclut en signalant que les *Corporations* américaines du Gouvernement pourraient occuper leur place en parallèle avec les «établissements publics» français et les *enti parastatali* italiens²³⁰.

En tout cas, il faut indiquer que les *Government Corporations*, qui ont eu pour modèle les *Public Corporations* britanniques, se sont éloignées progressivement des avantages de ces dernières, surtout depuis le *Government Corporation Control Act* de 1945 qui a matériellement converti les *Corporations* du Gouvernement en agences similaires aux départements usuels de celui-ci, par suite de la fiscalité établie²³¹. Ceci, joint aux dispositions de la *Ranspeck Act* de 1940 a conduit A. Abel à indiquer que ces normes ont éliminé globalement et systématiquement les traits distinctifs qui donnaient un caractère utile à ces corporations à tel point que sans une modification de la législation il est difficile d'imaginer dans quel but elles peuvent servir actuellement aux Etats-Unis²³².

Au contraire J. N. Hazard a dit que si effectivement par les *Acts* de 1940 et 1945 on a essayé de réaffirmer le contrôle du Congrès sur les *Government Corporations* comme si elles étaient des agences gouvernementales normales, ceci n'a pas supprimé la flexibilité de quelques-unes de ces institutions conformes au modèle britannique, et si en effet, dans le secteur national en tout cas, la situation est discutée, dans le secteur des Etats, il n'y a aucun doute que les *Government corporations* fonctionnent selon le modèle britannique²³³.

228 Cf. F. GARRIDO FALLA, «La intervención Administrativa en materia económica y las corporaciones del gobierno en Norteamérica» *loc. cit.*, p. 417, J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 7; Albert S. ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *ICE*, marzo, 1964, p. 143.

229 Cf. F. GARRIDO FALLA, «La intervención administrativa ... », *loc. cit.*, p. 423.

230 V. PFIFFNER, *Public Administration*, New York 1946, p. 114 *cit.* par F. GARRIDO FALLA, «La intervención administrativa... », *loc. cit.*, p. 422, note 26.

231 V. Herman PRITCHETT, «The Government Corporation Control Act of 1945», 70 *American Political Science Review* 1946) p. 495, *cit.* par J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 5; Cf. Harold SEIDMAN, «The Government Corporation in the United States», *Public Administration*, Vol. XXXVII, Summer 1959, V. commentaire bibliographique de M. TEJERINA PODZUELO, *RAP*, n° 30, 1959, p. 362.

232 V. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 142.

233 V. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 9.

51. En tout cas, dans les pays anglo-saxons on considère que la *Public Corporation* est la forme juridique la plus moderne et la plus commune²³⁴ en ce qui concerne la gestion des entreprises économiques au nom de l'Etat puisque par cet intermédiaire cette gestion des entreprises d'Etat de caractère industriel et commercial, y gagne en liberté, agilité, décision et audace par le fait qu'elle se trouve libérée de l'obligation d'agir avec précaution et circonspection, obligation qui va inévitablement associée aux dépendances gouvernementales²³⁵. C'est ainsi que W. A. Robson décrit la moderne *Public Corporation* comme une innovation constitutionnelle qui révèle la tendance à élargir l'unité administrative jusqu'à lui faire prendre des proportions régionales ou nationales, à séparer l'administration des entreprises de caractère économique, entreprises industrielles ou d'utilité publique des activités gouvernementales ordinaires, à séparer aussi l'économie de ces entités du budget national et à éliminer le stimulant du gain en le substituant par le service public²³⁶.

52. Dans les paragraphes suivants et sous le titre générique de *Public Corporations*, nous essaierons de signaler sommairement les traits essentiels du régime juridique interne et externe de ces institutions en Grande-Bretagne, aux Etats-Unis et dans les pays qui, d'une manière ou d'une autre, ont reçu l'influence directe du système juridique de ceux-ci, comme c'est le cas dans certains Etats d'Asie et d'Extrême-Orient²³⁷.

a. Régime juridique interne:

53. Avant tout il faut indiquer que, généralement, les *Public Corporations* sont créées ou réglées par un acte législatif qui établit leurs pouvoirs, leurs devoirs, leurs immunités et qui prescrit la forme de leur gestion et direction et surtout la régulation de leurs relations avec les départements ministériels²³⁸. Ceci est évident dans le cas des nationalisations anglaises, où la plupart des Actes de nationalisations sont des lois étendues et détaillées, qui réglementent telle ou telle entreprise ou industrie²³⁹.

Dans ce sens, et étant donné la réglementation par la loi de la personne juridique, les *Public Corporations* sont semblables aux personnes publiques du droit européen continental, par exemple, les Institutions publiques allemandes²⁴⁰, les

234 V. ONU, *Manual de administración pública*, New York 1962, (61. 11. H. 2), p. 88; V. ONU. *Some Problems in The Organization and Administration of Public Enterprises in the Industrial Field*, cit., p. 9.

235 Cf. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña» loc. cit., pp. 111 et 114.

236 V. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña» loc. cit., p. 124.

237 V. ONU. *Some Problems in the Organization and Administration of Public Enterprises in the Industrial Field*, cit., p. 9.

238 Cf. ONU, *Some Problems in the Organization ... cit.*, p. 9; S. MARÍN MARÍN, *Aspectos de la administración pública autonómica*, cit., p. 290.

239 Cf. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña» loc. cit., p. 112.

240 V. E. FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 644.

établissements publics français²⁴¹ et également semblables aux Instituts officiels autonomes du droit vénézuélien²⁴².

54. Généralement, la direction de la corporation publique est assurée par un Conseil de direction ou d'administration dont la nomination et le déplacement revient au pouvoir exécutif²⁴³.

Le Conseil de Direction possède la liberté de gestion de l'entreprise tout en restant sous la dépendance du Ministre correspondant laquelle s'accroît de jour en jour²⁴⁴. Ainsi, en Angleterre, la faculté ministérielle de donner des instructions est sans limite et le Conseil d'administration de l'entreprise est dans l'obligation absolue d'exécuter les dites instructions²⁴⁵. Cependant, en principe, la responsabilité totale du Ministre vis-à-vis du Parlement touchant l'administration de l'entreprise n'est pas généralisée;²⁴⁶ elle se réduit exclusivement aux matières dans lesquelles le Ministre peut contrôler l'entreprise²⁴⁷.

Aux Etats-Unis on a observé également un processus de diminution de l'autonomie du conseil de direction dans la gestion des *Government Corporations*. A ce propos, J. N. Hazard indique que le modèle britannique de la Corporation publique sur lequel s'est fondé l'établissement de la *Tennessee Valley Authority* représentait une forme juridique qui permettait à la direction de la *Corporation* d'agir de façon plus autonome que le directeur d'une agence du gouvernement dans les Etats. Selon la forme du modèle britannique, le président des Etats-Unis exerçait un contrôle très limité sur la direction des *Corporations*, mais pourtant, cette forme telle que l'avait appliquée le Président Roosevelt avait été légèrement modifiée car les *Corporations* n'étaient pas exemptes de tout contrôle; par exemple, lorsque le directeur de la *Tennessee Valley Authority* refusa de donner un renseignement qui lui avait été demandé il fut destitué²⁴⁸. Cependant, il faut en tout cas convenir que la qualité principale de la *Public Corporation* réside dans son autonomie, c'est à dire dans son droit de diriger ses propres affaires; autonomie signifie la concentration des pouvoirs de direction sur des personnes compétentes auxquelles on donne «main libre» pour arriver aux fins désirées. Par le fait qu'il s'agit d'un organisme séparé et distinct, conduit par ses propres directeurs, la *Corporation* est intrinsèquement mieux placée pour triompher dans certains domaines que le département ordinaire

241 V. J. RIVERO, *op. cit.*, p. 404.

242 Art. 230 de la Constitution du Vénézuéla de 1.961.

243 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada y propiedad pública, cit.*, p. 69; L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 391; J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 4.

244 Cf. L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas ... », *loc. cit.*, p. 390.

245 V. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 73.

246 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 61.

247 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 65; W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 121; L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 400.

248 V. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 4.

de l'Administration²⁴⁹. En tout cas, en suivant l'évolution de l'autonomie des *Government Corporations* des Etats-Unis, on peut voir une nette tendance vers l'intégration de ces entreprises dans d'Administration centrale, telle que l'a proposée en 1949 la *Hoover Commission*²⁵⁰.

Enfin, et au sujet du conseil de direction des *Public Corporations*, il est nécessaire de signaler qu'en Angleterre, celui-ci est un organisme essentiellement non politique et ses membres ne sont pas obligés de prêter serment de fidélité au parti qui se trouve au pouvoir. En aucun cas les membres du Parlement ne peuvent être désignés pour faire partie des conseils, ce qui constitue, sans doute, un principe d'auto restriction de valeur considérable dont le but est de conserver l'intégrité de la vie politique. Les fonctionnaires sont aussi exclus des conseils d'administration et si toutefois ils sont désignés pour en faire partie, ils sont tenus d'abandonner le *Civil Service*²⁵¹.

55. Quant à leur régime financier les *Public Corporations* se caractérisent par l'indépendance de leur économie. En Angleterre, cette économie est séparée du budget national bien qu'il existe un considérable contrôle fiscal de la part du Trésor sur certains aspects des opérations financières des *Corporations*²⁵². Bien que l'on puisse considérer les *Public Corporations* comme des organismes indépendants financièrement, elles se procurent pourtant fréquemment tout ou partie du capital dont elles ont besoin au moyen d'emprunts sur le Trésor ou en émettant des obligations pour obtenir leurs fonds des biens et services qu'elles produisent. La loi fixe généralement un chiffre maximum des disponibilités financières et des emprunts des entreprises²⁵³.

Grâce à cette autonomie financière le maniement des fonds des Corporations publiques se fait en marge du budget de l'Etat, et le résultat des différents exercices économiques n'a aucune répercussion sur le Trésor; au contraire, en cas de bénéfices, ceux-ci sont destinés à l'amélioration du service, à la baisse des tarifs ou à l'augmentation des salaires des employés, et non à venir augmenter les fonds publics²⁵⁴. Naturellement l'Etat peut cependant intervenir et en cas de besoin couvrir les pertes des *Public Corporations*²⁵⁵.

Aux Etats-Unis, avant 1945, les *Public Corporations* suivaient, en matière financière, les mêmes principes décrits précédemment pour le modèle britannique,

249 Cf. M. E. DIMOCK, «Government Corporation; A Focus of Policy and Administration», *The American Political Science Review* n° 5, 1949, p. 913, cit. par F. GARRIDO FALLA, «La intervención administrativa... », *loc. cit.*, p. 422.

250 V. F. GARRIDO FALLA, «La intervención administrativa ... », *loc. cit.*, pp. 428 et 429.

251 Cf. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña» *loc. cit.*, p. 125.

252 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 68; W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 124.

253 Cf. S. MARÍN MARÍN, *Aspectos de la Administración Pública Autónoma*, *cit.*, p. 291.

254 Cf. L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 398; Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 65.

255 Cf. Elis HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 65.

surtout en ce qui concernait le privilège d'investir leurs bénéficiaires sans être dans l'obligation, d'autre part, de requérir annuellement des fonds du Congrès ou Parlement pour financer leur développement²⁵⁶.

A partir du *Government Corporation Control Act* de 1945, les corporations du gouvernement ont perdu progressivement leur autonomie financière et comptable. En effet, la loi élimine l'exemption d'affectation des corporations au budget national et le contrôle des comptes caractéristiques des *Public Corporations*²⁵⁷ en accord avec le modèle britannique. Selon Pritchett, ceci a transformé les corporations du gouvernement en agences semblables aux départements habituels du gouvernement²⁵⁸.

Aux Etats-Unis l'importance de la loi de 1945 sur le contrôle des corporations du gouvernement s'observe au moyen de l'évaluation de deux méthodes habituellement en rapport avec l'activité des départements de gouvernement: a) les subsides annuels apportés par le Congrès; b) le contrôle fiscal exercé par le vérificateur général des Etats-Unis. En ce qui concerne la perte de l'autonomie financière des *Corporations*, nous étudierons ici le premier de ces deux aspects en laissant pour une étude ultérieure²⁵⁹ le contrôle des *Corporations*.

La définition des subsides ou assignations annuelles mis à disposition des agences du gouvernement s'avère essentielle pour comprendre l'attitude du corps législatif vis-à-vis du budget. En effet, aux Etats-Unis les opérations gouvernementales dépendent, en général, des assignations ou crédits budgétaires annuels courants²⁶⁰. Ainsi, chaque année, le Congrès demande que le directeur de chaque agence de gouvernement se présente devant ses comités afin de justifier, en personne et par un rigoureux examen, chaque partie du budget pour l'année suivante. Ce procédé, présente évidemment le gros avantage de servir de frein aux administrateurs ambitieux, mais cependant, lorsqu'il est appliqué aux entreprises économiques de l'Etat, il influe défavorablement sur les projets de longue durée, quand ceux-ci sont nécessaires; en effet, selon les règlements légaux en vigueur, ils ne peuvent être exécutés puisque la conclusion de contrats dont la réalisation demande plus d'un an, ne peut être admise²⁶¹. Donc, la limitation des assignations budgétaires sur la base d'exercices annuels nuit évidemment au développement approprié de l'activité économique principalement lorsqu'il s'agit de réalisations

256 Cf. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 5.

257 Cf. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 142.

258 V. H. PRITCHETT, «The Government Corporation Control Act of 1945», *The American Political Science Review*, 1946, n° 3, p. 495, *cit.* par J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 5.

259 V. n° 86 et ss.

260 Cf. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 141.

261 Cf. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 5.

demandant des transformations et pour lesquels l'expansion des activités doit être planifiée par des projets de longue durée²⁶².

La loi de 1945 tend fondamentalement à préserver l'autorité de programmation mais elle le fait dans un cadre très sévère. La section 847 contenait le règlement suivant sur l'exercice annuel: «Toutes les *Corporations* exclusivement en main du Gouvernement prépareront un budget annuel qui devra être soumis à l'approbation du Président par l'intermédiaire du bureau budgétaire, au plus tard le 15 septembre de chaque année». Afin de donner un peu d'élasticité à ce règlement, le statut a été révisé en 1950 et il a été institué un budget dit de «type commercial» selon lequel le budget correspondant à chaque année doit contenir *d'estimation* des conditions financières et des opérations de la *Corporation* pour l'année suivante, ainsi que l'indication des dépenses effectuées l'année précédente. Ces estimations, lorsque le budget était soumis au Congrès, lui apportaient connaissance des projets de la *Corporation* et laissaient envisager la possibilité d'approbation des budgets dans les années suivantes s'il ne s'était pas présenté d'objections aux estimations remises antérieurement²⁶³.

Mais en plus du contrôle effectué par le bureau budgétaire et le Congrès sur le budget de la *Corporation*, la loi de 1945 a établi le contrôle du Trésor surtout pour ce qui touche à la garde de ses fonds, de ses obligations et de ses bons. Jusqu'à cette époque la *Corporation* avait joui d'une grande liberté à ce sujet puisque chacune d'elle déposait ses fonds dans n'importe quelle Banque selon le système qui lui convenait le mieux. Suivant le *Control Act* de 1945, les fonds doivent être déposés au Trésor des Etats-Unis²⁶⁴. De plus ce *Control Act* demande que la *Corporation* remette toute recette au Trésor des Etats-Unis, à la fin de chaque année, étant donné qu'elle peut seulement effectuer les dépenses qui correspondent aux fonds remis par le Congrès²⁶⁵.

56. Une autre caractéristique fondamentale du régime interne des *Corporations* publiques est celle de ne pas considérer généralement ses employés comme des fonctionnaires de l'Etat.

En Grande-Bretagne, sans exception, le personnel des *Public Corporations* ne fait pas partie du *Civil Service*. Ceci s'applique non seulement au président, aux membres du conseil et au directeur, mais aussi à tous les employés à salaire mensuel ou journalier. Les fonctionnaires publics ne peuvent être en même temps membres d'un conseil d'administration d'une *Corporation* et s'ils sont désignés à cet effet, ils doivent abandonner le *Civil Service*²⁶⁶. Ce principe par lequel le personnel de la

262 Cf. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 5; Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 141.

263 V. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, pp. 5 et 6.

264 Cf. F. GARRIDO FALLA, «La intervención administrativa en materia económica y las corporaciones de gobierno en Norteamérica», *loc. cit.*, p. 432.

265 Cf. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 6.

266 Cf. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 125; W. A. ROBSON, «La empresa pública en Gran Bretaña», *ICE*, marzo 1964, p. 74.

Corporation n'entre pas dans la catégorie des fonctionnaires publics est fondé sur le fait qu'il n'y a pas de contrôle du Trésor sur la rémunération, les conditions de travail, le recrutement, les pensions, les démissions, etc. Il peut se présenter naturellement que le gouvernement règle les questions de personnel les plus importantes au moyen de dispositions ministérielles et, en effet, un document officiel sur la politique radiophonique, publié en 1952, déclarait «qu'en fixant les salaires et les conditions du personnel, la BBC devra tenir compte de la politique générale du gouvernement concernant les salaires et matières analogues», mais ceci est une orientation générale incontestablement moins onéreuse que l'assujettissement aux instructions détaillées du Trésor sur le *Civil Service*²⁶⁷.

Quant aux personnes chargées de tâches administratives subalternes, elles sont comparées aux ouvriers et le lien qui les unit à la *Corporation* est de caractère laboral²⁶⁸.

Aux Etats-Unis, conformément au modèle britannique, la *Government Corporation* offrait aussi l'avantage d'éviter les difficultés que pouvait apporter le *Civil Service* à son activité. Au sujet de ces problèmes Albert Abel signale qu'en ce qui concerne le gouvernement fédéral, les difficultés du personnel sont la conséquence des lois et règlements excessivement formalistes; sans qu'il soit nécessaire de s'étendre beaucoup on peut observer que ces normes ont élevé le facteur de stabilité à un degré pratiquement inconciliable avec l'efficacité fonctionnelle. Les Etats souffrent peut-être d'un mal contraire car l'influence politique et personnelle prédomine dans leurs manœuvres administratives²⁶⁹. La *Government Corporation* américaine offrait la perspective d'éviter considérablement ces difficultés; son caractère autonome, en la séparant de la hiérarchie gouvernementale lui conférait le pouvoir d'agir librement, loin de la rigidité du service civil. D'une certaine façon elle était protégée des pressions annexes du dénommé «système de butin» tant par ses fonctions, très spécialisées et tant soit peu isolées, qui la maintenait en dehors du courant principal de l'attention politique, que par sa condition d'entreprise publique dont le symbole l'identifiait avec la compagnie industrielle ou commerciale et par conséquent, avec les caractéristiques d'efficacité et de neutralité politique de celle-ci²⁷⁰.

Cependant en 1940, le *Ramspeck Act* avait autorisé le Président des Etats-Unis à appliquer avec faculté discrétionnaire la législation de fonctionnaires publics aux employés des corporations publiques sous contrôle fédéral, affectant ainsi un des principaux intérêts de la corporation publique. Cette faculté exercée par un ordre exécutif N° 8743 du 23 avril 1941, selon lequel les normes du statut du service civil, dans le service fédéral a été appliquées aux *Corporations* afin de déterminer l'échelon et la rémunération, régir l'emploi et l'avancement au moyen d'examen,

267 V. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña» *loc. cit.*, p. 123; Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 68.

268 Cf. L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 391.

269 V. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 140.

270 Cf. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 140.

contrôler les causes de licenciement et appliquer le procédé légal à suivre dans les cas justifiés²⁷¹.

L'influence du *Ramspeck Act* a été fortement critiquée car, entre autres aspects, il a consolidé la stabilité des postes en les rendant ainsi inconciliables avec la bonne marche des opérations²⁷² et l'on a même affirmé, ainsi que nous l'avons déjà signalé, que, conjointement avec le *Government Corporation Control Act* ces normes ont diminué systématiquement et globalement les traits distinctifs qui donnaient aux *Corporations* leur utilité, à tel point que, sans une modification de la législation, il devient difficile d'imaginer dans quel but elles peuvent exister actuellement aux États-Unis²⁷³.

b. Régime juridique externe:

57. Le principe général qui régit les *Public Corporations* est leur soumission au droit commun. «Les lois du Parlement -dit Denning- les obligent comme n'importe quel sujet de Sa Majesté»²⁷⁴. Par conséquent, en Angleterre, les normes du droit civil, commercial, pénal, de procédure et même fiscal leur sont totalement applicables. Elles ne sont pas protégées par la *Public Authorities Protection Act* de 1893, sur elles pèsent les mêmes obligations tributaires que celles qui affectent les entreprises privées et leurs biens peuvent être frappés de saisie²⁷⁵. Cependant, comme il n'existe plus d'actionnaire dans les *Public Corporations*, la plupart des préceptes du moderne droit commercial demeurent de ce fait inopérants²⁷⁶.

Nonobstant, il faut reconnaître que les propres lois créatrices des distinctes corporations leur ont conféré de singulières prérogatives; ainsi par exemple, bien que le délai d'un an qu'établit la *Limitation Act* de 1939 pour la prescription d'actions contre l'Administration ne leur soit pas favorable, les actions qui peuvent être dirigées contre elles ne sont pas non plus soumises au délai de trois ans²⁷⁷. Par ailleurs, elles jouissent du droit d'expropriation forcée et de si amples facultés pour atteindre leur but, qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, que les tribunaux puissent leur appliquer la doctrine de *ultra vires*, et c'est ainsi que les tentatives effectuées demandant l'aide des juges pour définir ou limiter les attributions des corporations publiques ne donnent en général aucun résultat positif²⁷⁸.

271 V. J. N. HAZARD, *Rapport des États-Unis*, p. 44.

272 Cf. Albert ABEL, «The Public Corporation in the United States», en W. FRIEDMANN, (ed.), *The Public Corporation*, 1954, p. 338, a 353, cit. par J. N. HAZARD, *Rapport des États-Unis*, p. 5.

273 V. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 142.

274 Cit. par F. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 391.

275 Cf. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 395. Cf. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña» *loc. cit.*, p. 115.

276 Cf. L. LÓPEZ RODÓ «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 404.

277 Cf. L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 391.

278 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 72; L. LÓPEZ RODÓ. «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, pp. 391 et 392.

Aux Etats-Unis, la situation n'est pas aussi absolue; en effet la capacité pour intenter une action ou être demandée en justice, laquelle caractérise la personnalité d'une entreprise, a été considérée sous une forme un peu différente quant aux corporations du gouvernement dans le secteur des Etats ou dans le secteur fédéral. Ainsi, les lettres ou cédules de constitution, au moyen desquelles les corporations du gouvernement fédéral acquièrent une personnalité juridique²⁷⁹, spécifient de façon caractéristique cette capacité qui va de pair avec l'existence de la corporation et un certain nombre de cas démontrent qu'elles possèdent ces attributs en étant placées dans la juridiction de la «question fédérale». En termes généraux, la mise au point semble être analogue à celle dans laquelle les activités de dépendances administratives normales sont en jeu²⁸⁰.

Selon la doctrine de la *common law*, héritée de l'Angleterre, le souverain est doué d'immunité, de telle façon que, sauf disposition légale spéciale, aucune demande en dommages et intérêts ou pour rupture de contrat ne peut être admise contre lui. Malgré cela, le gouvernement fédéral des Etats-Unis, a rejeté son immunité en présence de demandes touchant des matières contractuelles par le *Tucker Act* de 1887 et c'est ainsi qu'actuellement il n'y a aucun doute sur la capacité d'obligation contractuelle et celle d'être demandées en justice des corporations du gouvernement fédéral. Quant aux demandes en dommages et intérêts contre les dites corporations, elles ont reçu une solution plus ou moins normale. En 1946, le Congrès a édicté une loi appelée *Federal Claims Act* par laquelle a été établie la responsabilité des agences du gouvernement fédéral en cas de dommages et intérêts et déclarant à cet effet que les corporations du gouvernement se classaient comme ces agences. En tout cas, cette loi les exemptait de toute responsabilité en cas de dommages intentionnels ou de responsabilité dérivant de l'obligation d'exercer une fonction discrétionnaire ou de s'abstenir de l'exécuter. Par l'intermédiaire d'un certain nombre de décisions judiciaires l'on est parvenu à considérer que les corporations du gouvernement fédéral sont responsables des dommages survenus en cas de négligence, actes ou omissions de nature *ultra-vires* dans lesquelles la faute doit toujours être prouvée²⁸¹.

En ce qui concerne les Etats fédéraux l'opinion générale semble être contraire à ce qui a été établi au sujet des corporations du gouvernement fédéral. En effet, l'on a enregistré une tendance marquée, de la part des Etats, à attribuer à leurs corporations publiques la condition juridique des dépendances de l'Etat plutôt que celle des corporations orthodoxes concernant la capacité pour comparaître en jugement en leur évitant de cette manière la possibilité d'être amenées à comparaître pour dommages et intérêts et peut-être, à un degré moindre, pour rupture de contrat²⁸².

58. En matière impositive il a été signalé qu'en Angleterre, les *Public Corporations* sont soumises en général au même régime fiscal et tributaire que les

279 Cf. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 7.

280 Cf. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 143.

281 Cf. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 7.

282 Cf. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 143.

entreprises particulières²⁸³. Aux Etats-Unis le système d'impôts des corporations publiques a été traité comme une phase du droit tributaire des organismes gouvernementaux et ainsi on ne peut mettre en doute le pouvoir, rarement exercé, du gouvernement fédéral pour grever les propriétés, les opérations ou la rente des corporations publiques et en même temps celui des états pour grever leurs *Corporations*²⁸⁴. Pourtant, le problème s'est posé au sujet du système d'impôts fédéral sur les corporations publiques des Etats et du système d'impôts des états sur les corporations publiques fédérales. Si effectivement avant 1946 le principe général était que le gouvernement fédéral ne pouvait grever les états, ni ceux-ci le gouvernement fédéral, après cette date et pour le affaire *New York v. United States* la Cour Suprême des Etats-Unis a adopté une doctrine dont l'origine se trouve dans le droit romain et selon laquelle le gouvernement fédéral ne pouvait charger d'impôts un Etat pour des opérations effectuées *in iure imperii*, mais en revanche, il pouvait le faire pour des opérations effectuées *in iure gestionis*. Ceci signifie pratiquement que toute activité des Etats dans le cadre du système corporatif, étant donné son caractère économique, pouvait et devait être grevée par le gouvernement fédéral²⁸⁵. En échange, la distinction n'a pas été acceptée au sujet des activités fédérales, du fait qu'on estime que toute activité du gouvernement fédéral est par définition «de caractère gouvernemental»²⁸⁶ et en conséquence exempte de la contribution au gouvernement, car le gouvernement fédéral est doté de pouvoirs illimités et délégués. Bien que cette analyse paraisse absurde de nos jours, dit Abel, elle n'a pas été rejetée et, au contraire, paraît avoir consolidé le principe selon lequel les Etats ne grèvent pas les activités des corporations fédérales²⁸⁷.

59. Enfin, quant a leur régime juridique externe et bien qu'en lignes générales les *Public Corporations* soient régies d'après les normes ordinaires du droit commun auquel sont soumises les compagnies commerciales et les personnes privées²⁸⁸, l'on ne peut dire que leur but principal soit le gain car au contraire, l'un des principes de base de la corporation publique est le désintéressement et, de là, qu'elles ne diffèrent, quant à leurs intentions (but de gouvernement) des autres types d'activité gouvernementale qui normalement sont qualifiés de «politique»²⁸⁹.

Cependant le principe de désintéressement ne peut être considéré indépendamment de l'obtention de bénéfices et du système financier suivi. Les compagnies commerciales peuvent aussi alléguer qu'elles procurent des biens et des

283 Cf. Laureano LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 395.

284 V. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 142.

285 V. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 6; Cf. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 143.

286 V. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 7; Cf. Albert ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 143.

287 V. Albert ABEL, «La corporación pública ... », *loc. cit.*, p. 143.

288 Cf. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña» *loc. cit.*, p. 115.

289 Cf. M. E. DIMOCK, «Government Corporation; A Focus of Policy ... », *cit.* par F. GARRIDO FALLA, «La intervención administrativa ... », *loc. cit.*, p. 421.

services qui servent l'intérêt public, sans qu'on puisse dire pour autant qu'elles sont désintéressés, étant donné que leur principal objectif est l'obtention d'un bénéfice pour leurs propriétaires. C'est précisément ce qui se présente dans les *Public Corporations*, signale W. A. Robson, et c'est là où nous nous heurtons avec la différence fondamentale entre elles et les sociétés par actions²⁹⁰. Il faut indiquer toutefois que si par le fait ou principe de désintéressement aucune corporation publique n'est tenue de réaliser des bénéfices, rien cependant ne les empêche de le faire et il n'existe aucune restriction légale à ce sujet²⁹¹.

(b) L'entreprise d'Etat des pays socialistes

60. Le régime communiste, a dit G. Langrod, vit dans le cadre d'un système d'économie planifiée²⁹² et c'est ainsi qu'en Pologne, par exemple, l'économie planifiée constitue un système de direction et de gestion basée, cela va sans dire, sur la propriété des moyens de production; il n'est donc pas exagéré de signaler que la réalisation de cette économie planifiée ne devient possible que grâce aux rapports économiques et sociaux fondés sur cette propriété sociale des moyens fondamentaux de production²⁹³.

Généralement cette appropriation des moyens de production dans les pays socialistes s'est opérée par la nationalisation²⁹⁴ ou ultérieurement par la création d'entreprises et d'établissements nouveaux²⁹⁵; il faut signaler cependant qu'en ce qui concerne notre analyse des entreprises publiques, la nationalisation est d'une importance décisive dans l'étude du régime socialiste.

En effet, en Russie et dans tous les pays d'Europe orientale, les entreprises économiques se trouvant aux mains des particuliers ont été nationalisées, converties en propriété publique et organisées spécialement en «entreprises de l'Etat». Cette organisation, en ce qui touchait à sa structure; n'offrait rien de commun avec les entreprises existant avant l'opération de nationalisation. De cette manière, tous les Etats d'Europe centrale (Tchécoslovaquie, Yougoslavie, Hongrie, Bulgarie, Roumanie et Pologne) où furent réalisées les nationalisations et promulguées des lois spéciales ont créé sans exception un nouveau sujet de droit, «l'entreprise d'Etat», sans tenir compte de la structure existant auparavant²⁹⁶. En ce qui concerne l'URSS, le caractère radical et absolu des nationalisations effectuées ne donne lieu à aucun doute au sujet de cette suppression totale des entreprises antérieures. Cette structure de l'économie de l'URSS qui exclut toute attache avec la situation antérieure à la

290 V. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 122.

291 Cf. E. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ...*, *cit.*, p. 67.

292 V. Georges LANGROD, «Quelques récentes tendances administratives en régime communiste», *RISA*, 1962 n° I, p. 28.

293 Cf. Zygmunt RYBICKI, «L'entreprise publique dans le système Polonais de l'économie planifiée», *RISA*, 1962, n° 3, pp. 312 et 314.

294 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 315 et ss.

295 Cf. Zygmunt RYBICKI, *Rapport polonais*, pp. 4 et 5.

296 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 306 et 307.

nationalisation a reçu une définition catégorique dans la loi fondamentale qui indique que «la base économique de l'URSS est constituée par le système socialiste de l'économie et la propriété socialiste des instruments et des moyens de production, fermement établis comme résultat de la liquidation du système capitaliste, de l'abolition de la propriété privée sur ces instruments et moyens de production et de la suppression de l'exploitation de l'homme par l'homme»²⁹⁷

61. Dans tout le phénomène des nationalisations, l'Etat s'est appliqué surtout à effectuer rapidement les réformes nécessaires étant donné les urgences sociales et politiques, sans perdre de temps à réaliser des études approfondies et réfléchies sur la nature de l'institution juridique qui allait naître. Ainsi, a dit K. Katzarov, un certain nombre de formes juridiques hétérogènes sont intercalées entre la prise en charge directe par l'Etat en sa qualité de personne juridique de droit public, d'une activité économique d'une part, et le maintien apparent des sujets de droit existant précédemment, d'autre part, lesquelles formes ne correspondent pas toujours à celles que nous avons l'habitude de rencontrer dans l'ensemble des institutions juridiques²⁹⁸. De cette manière donc, l'entreprise d'Etat ou entreprise publique avec ses propres caractéristiques, semi-publique, prend son origine et se convertit en une institution complexe²⁹⁹ ou plutôt, en une forme juridique intermédiaire entre la personne publique et la personne privée du droit européen continental. A ce sujet, K. Katzarov a signalé que ces entreprises ont un caractère spécial qui découle à la fois du droit public et du droit privé, car bien que dotées par la loi du titre de personnes juridiques différentes de l'Etat, elles se présentent comme rattachées organiquement à ce dernier, et sont dans l'obligation de se conformer à sa politique économique. Il s'agit ainsi d'une forme juridique de caractère mixte, puisqu'elle est instituée et liquidée, dirigée et orientée par l'Etat, mais avec l'intention d'être en même temps séparée largement de celui-ci et se trouve placée sous le régime de droit privé et non sous celui de droit public³⁰⁰.

62. Ainsi en URSS les nationalisations reposant sur la négation totale de la propriété privée des moyens de production et de l'initiative privée, les échanges économiques nationalisés sont réalisés exclusivement par des entreprises indépendantes de la personne de droit public de l'Etat dont l'un des principaux représentants est «l'entreprise de l'Etat» (*Gospredpriatia*); ces entreprises économiques sont dotées de personnalité juridique, ont un patrimoine séparé et jouissent de capacité juridique et d'autonomie d'action³⁰¹. Le second type fondamental assurant la vie économique en URSS comprend les organismes dénommés trusts (*trusti*), c'est à dire la réunion de plusieurs entreprises d'Etat de caractère semblable, immédiatement destinées à être sujets centraux de direction et de représentation, auxquelles il a été reconnu une personnalité juridique distincte. Le

297 Art. 4 de la *Constitution Loi fondamentale de l'URSS*, Ediciones en lenguas extranjerias, (espagnol) Moscou; 1960, p. 10.

298 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 311 et 312.

299 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 9.

300 V. K. KATZAROV, *loc. cit.*, pp. 329 et 330.

301 Cf. LANGROD, «L'entreprise publique en droit administratif comparé», *loc. cit.*, p. 227; K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 315 et 316.

décret du 10 avril 1923 entendait par «trusts de l'Etat» les entreprises industrielles de l'Etat auxquelles celui-ci a concédé l'indépendance pour la réalisation de leurs opérations en accord avec les statuts approuvés pour chacune d'elles, en agissant conformément au principe du calcul commercial dans le but d'obtenir des bénéfices³⁰². Cependant, au sujet de ces trusts, il faut éclaircir expressément le point suivant: du fait de l'implantation ultérieure du régime d'économie planifiée le but lucratif ne put évidemment être poursuivi puisque l'administration centrale de planification correspondante non seulement se chargea de fixer les prix de production des entreprises et décida de remettre des marchandises à des prix parfois inférieurs à ceux du marché, mais elle dut encore élaborer des projets productifs³⁰³. De plus, en raison de l'élimination, à partir de 1929, de la «nouvelle politique économique» (N.E.P.) qui était survenue immédiatement après les nationalisations et dont les principales caractéristiques avaient été le rétablissement de la liberté de commerce, le développement du marché, le retour à l'économie monétaire, la tolérance pour la petite et moyenne industrie, etc.³⁰⁴, les trusts avaient été convertis en organes de direction technique des entreprises qu'ils réunissaient, privés de fonction directe de vente et d'approvisionnement³⁰⁵. Au sujet de ces organismes, la loi n'a pas remarqué la similitude entre entreprise d'Etat et l'entreprise privée, mais a plutôt rendu propice l'introduction d'un régime spécial³⁰⁶ intermédiaire.

63. Les nationalisations effectuées dans les pays d'Europe centrale après la deuxième guerre mondiale ont été influencées et inspirées idéologiquement par celles de l'URSS, bien qu'elles présentent en particulier le trait commun de ne pas rejeter, en principe, la propriété et l'initiative privée de l'économie, mais plutôt celui de les reconnaître expressément³⁰⁷. Dans tous ces pays cependant, les entreprises de l'Etat se rencontrent aussi et répondent aux mêmes principes signalés précédemment.

En effet, en Bulgarie, la nationalisation de la vie économique est réalisée par des personnes juridiques dénommées «entreprises d'Etat», différentes de la personne juridiques de l'Etat, avec patrimoine propre et capacité de jouissance et d'exercice. En parallèle avec ces entreprises existent les «Unions d'entreprises d'Etat» qui représentent des groupements d'entreprises d'Etat de caractère semblable, chargées de diriger, planifier et contrôler l'activité des entreprises qui en font partie³⁰⁸. On

302 V. Alexander BAYKOV, *The Development of the Soviet Economic System: an essay on the experience of Planning in the U.S.S.R.*, Cambridge, New York 1947, p. 110, *cit.* par Rodrigo FERNÁNDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», *RAP*, n° 3, 1950, p. 443.

303 Cf. R. FERNÁNDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», *loc. cit.*, p. 445.

304 Cf. Charles BETTELHEIM, *La planification soviétique*, Paris 1945, p. 9, *cit.* par R. FERNÁNDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», *loc. cit.*, p. 442.

305 Cf. R. FERNÁNDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», *loc. cit.*, p. 447.

306 Cf. J. N. HAZARD, «Soviet Government Corporation», *Michigan Law Review*, April 1943, Vol. 41, n° 5, p. 852.

307 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 318.

308 V. art. 11 de la Loi relative aux entreprises d'Etat du 12 Octobre 1951, *cit.* par K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 318 et 319.

peut dire que la caractéristique commune la plus importante de ces différents sujets chargés des échanges économiques en Bulgarie réside dans le fait qu'ils possèdent capacité de droit et d'action non limitée mais plus ou moins dirigée par le plan économique national d'Etat, élaboré par une commission du plan d'Etat³⁰⁹.

En Tchécoslovaquie, ou la plus grande partie de l'économie est également nationalisée, les échanges commerciaux nationalisés sont réalisés par différents types de nouveaux sujets dont les plus importants sont les «entreprises nationales» (*narodni podniky*) établies originalement par le statut des entreprises nationales du 1^{er} janvier 1946. Selon les termes de ce statut, bien que ces entreprises soient propriétés de l'Etat et soient rattachées à son plan économique, elles sont constituées en tant que personnes juridiques indépendantes et l'Etat ne peut répondre de leurs engagements et de leurs obligations³¹⁰. En Roumanie et en Hongrie, on trouve les entreprises nationalisées dont les caractéristiques sont similaires, avec statut légal propre et personnalité et patrimoine distincts de ceux de l'Etat³¹¹.

En Yougoslavie, la nationalisation de l'économie a été, dès son origine, assurée par des organismes dénommés «entreprises économiques d'Etat», créés en vertu de la loi fondamentale relative aux entreprises économiques d'Etat du 2 août 1946, constitués en tant que personnes juridiques indépendantes de la personne de l'Etat et agissant parallèlement aussi aux «unions d'entreprises»³¹². Cependant ce système a été considéré préjudiciable pour le développement de la propriété socialiste du fait qu'il permettait la formation d'une nouvelle bureaucratie à l'intérieur du socialisme laquelle pourrait avoir tendance à se placer au-dessus des producteurs, qui deviendraient indifférents à la marche de la production en perdant tout intérêt actif dans les affaires générales de la communauté³¹³. Ces dangers qui se sont particulièrement fait sentir en 1948-1949, ainsi que le signale D. Djordjevich, ont été observés à temps et des mesures ont été prises pour transformer le système de gestion des entreprises d'Etat, donnant naissance à la loi fondamentale de 1950 sur la gestion des entreprises économiques de l'Etat par les collectivités ouvrières et d'où provient le dénommé auto gouvernement des producteurs³¹⁴. Cette forme d'entreprise constitue peut-être une catégorie spéciale que nous étudierons séparément du reste des entreprises d'Etat des pays socialistes³¹⁵.

En Pologne, enfin, les entreprises de l'Etat constituent l'unité d'organisation de base par laquelle l'Etat réalise ses tâches économiques et a été définie comme un organisme appelé à satisfaire des besoins sociaux dans le domaine indiqué dans l'acte portant sa création et doté d'une personnalité juridique distincte de celle de

309 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 319.

310 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 320.

311 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 322 et 323.

312 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 321.

313 Cf. Jôvan DJORDJEVICH, *Yugoslavia, democracia socialista*, México 1961, p. 59.

314 V. J. DJORDJEVICH, *op. cit.*, pp. 60 et 65.

315 V. n° 72.

l'Etat³¹⁶. La particularité de ces entreprises polonaises est le mécanisme de l'autogestion ouvrière, c'est à dire que leur personnel possède le droit de participer à la gestion de l'entreprise³¹⁷. Par ailleurs en Pologne, il existe aussi les unions des entreprises d'Etat dont le but principal est la coordination, la surveillance et le contrôle de l'activité des entreprises d'Etat. Ces organismes sont à la fois des unités économiques et des organes de l'Administration d'Etat³¹⁸ dotés de personnalité et possédant leur autonomie financière³¹⁹.

64. En présence de cette vision plus ou moins générale des pays ayant une économie planifiée, nous essaierons d'étudier comparativement le régime juridique des activités industrielles et commerciales de l'État en analysant séparément le régime interne et le régime externe qui revêt une certaine uniformité, contrairement aux régimes des systèmes occidentaux. En effet, on peut affirmer avec K. Katzarov que dans les pays d'Europe centrale, le régime des entreprises d'Etat a été, dès l'instant même de la nationalisation, unique et commun à l'ensemble des entreprises et c'est seulement plus tard qu'il a dû être perfectionné; en échange, dans des pays comme l'Angleterre et la France où ont été réalisées de grandes nationalisations sur des bases multiples et hétérogènes, au besoin de les perfectionner s'ajoute le problème de leur unification³²⁰. De là le concept générique d'entreprise publique qui, bien que plus économique que juridique peut un jour constituer certainement une nouvelle catégorie³²¹.

En tout cas il faut dire expressément que, dans les pays socialistes, malgré l'uniformité, il s'agit d'un régime complexe³²² car ainsi que l'a signalé Sigmunt Rybicki, l'économie planifiée ne peut être bien gérée sans avoir recours aux formes économiques, aux formes de droit civil et à celles de droit administratif. Ces formes doivent varier selon chaque situation et chaque cas. En même temps, il y a lieu de remarquer que le rôle essentiel des formes de droit administratif est surtout celui de fixer le cadre et d'assurer les possibilités du fonctionnement normal d'une entreprise et que dans la gestion courante, les formes économiques et les formes de droit civil semblent plus adéquates³²³.

316 V. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 7.

317 V. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 11.

318 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 15.

319 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 321.

320 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 327.

321 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 5.

322 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 9.

323 V. Z. RYBICKI, «L'entreprise publique dans le système polonais de l'économie planifiée», *loc. cit.*, p. 317.

a. Régime juridique interne:

65. Le régime juridique interne des entreprises publiques dans les pays socialistes est déterminé généralement par les lois régulatrices de ces entreprises³²⁴ dans chacun des pays auxquels nous nous sommes référés précédemment.

Ainsi, la création des entreprises se fait au moyen d'actes administratifs individuels conditionnés en général par les plans économiques³²⁵ auxquels un caractère normatif a été reconnu³²⁶. En effet, la décision de créer une entreprise d'État revient, soit au Ministre respectif comme c'est le cas de la Pologne et de la Tchécoslovaquie³²⁷, soit au Conseil des Ministres, comme en Roumanie et en Bulgarie³²⁸, soit en vertu d'un décret du Conseil des Ministres et selon un acte du Ministre intéressé, comme en Hongrie³²⁹. En ce qui concerne les unions d'entreprises, elles sont généralement créées selon un acte du Conseil des Ministres, comme en Pologne, en Bulgarie et en Hongrie³³⁰.

Cependant, et même si les entreprises sont créées par décisions administratives, elles n'acquièrent généralement pas la personnalité à ce moment, mais ultérieurement par un acte d'enregistrement ou d'inscription. En Pologne, par exemple, les entreprises étant soumises aux formalités d'enregistrement, celles-ci s'effectuent par l'entremise du Ministère des Finances pour les entreprises clés, ou par celles des organes financiers des présidium des conseils populaires. L'enregistrement confère à l'entreprise la personnalité juridique et dès ce moment elle devient un sujet à part entière des rapports relevant du droit civil³³¹. Dans d'autres pays, comme en Roumanie, les entreprises doivent être enregistrées sur des registres spéciaux pour acquérir la capacité de droit et d'action³³²; en Bulgarie et en Tchécoslovaquie l'inscription de l'entreprise se réalise sur le registre du commerce habituel des entreprises commerciales³³³.

66. En ce qui concerne la direction des entreprises, c'est le principe de la gestion unipersonnelle qui régit dans certains pays socialistes. En Pologne par exemple les entreprises de l'État sont dirigées par un directeur qui représente l'entreprise à l'extérieur et qui dirige ses activités courantes sous sa propre responsabilité. Le

324 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 9.

325 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 27; du même auteur: «L'entreprise publique dans le système ...», *loc. cit.*, pp. 314 et 316.

326 Cf. G. LANGROD, «Quelques récentes tendances administratives en régime communiste», *loc. cit.*, p. 29.

327 V. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 10; L. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 320 et 321.

328 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 318 et 319.

329 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 323.

330 V. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 16; K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 319 et 324.

331 V. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. I I; Cf. N. GAJL, «Les entreprises d'État en France, en Italie et en Pologne», *loc. cit.*, p. 164.

332 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 322.

333 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 319 et 320.

directeur possède des pouvoirs étendus: il engage et licencie le personnel, détermine ses fonctions et exécute les autres tâches réservées à sa compétence³³⁴.

En Hongrie, la situation est similaire, car les entreprises sont administrées par un directeur général nommé par le Ministre³³⁵. En Russie, le principe est aussi celui de la gestion personnelle de l'entreprise par un directeur nommé par le ministre correspondant³³⁶.

En Tchécoslovaquie, l'organisation des entreprises nationales est basée également sur le principe d'un seul chef, lequel, en tant que directeur organise et dirige l'activité de l'entreprise et agit en son nom et exerce son autorité sur les travailleurs³³⁷.

Toutefois, bien que l'entreprise possède ses propres organes de direction, ceux-ci sont assujettis, par différentes voies, à des directives provenant d'autres organes qui font prédominer en cette matière la sujétion au droit administratif³³⁸. En effet, dans la plupart des cas, la direction de l'entreprise revient en dernier lieu au Ministre respectif, soit directement, comme c'est le cas en Bulgarie et en Hongrie, soit par l'intermédiaire des unions d'entreprises comme en Pologne³³⁹. En URSS, cette direction revient au conseil des commissaires du peuple qui est l'organe d'Etat le plus élevé dans la branche exécutive et administrative, par l'intermédiaire des *trusti* ou unions d'entreprises³⁴⁰, bien que depuis la réforme introduite par le Premier ministre soviétique Alexei Kosygin en septembre 1965, le processus de décentralisation dans la direction des entreprises d'Etat se soit accentué³⁴¹. En tout cas la raison d'être de cet assujettissement, réside dans l'existence de plans économiques nationaux dont le développement se fait fondamentalement par l'intermédiaire des entreprises d'Etat.

Dans certains pays, comme en Pologne, le personnel des entreprises d'Etat a aussi le droit de participer directement à la gestion de l'entreprise. Les travailleurs de l'entreprise peuvent élire à la majorité des voix un conseil ouvrier lequel, s'il constitue effectivement la base de l'institution de l'autogestion ouvrière, n'est pas l'unique organe qui réalise cette fonction³⁴². L'autogestion ouvrière, a signalé Z.

334 V. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 11.

335 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 323.

336 V. R. FERNÁNDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», *loc. cit.*, p. 453; Cf. A. DENISOV et M. KIRICHENKO, *Derecho constitucional soviético*, Ediciones en lenguas extranjeras (espagnol), Moscou 1959, p. 104.

337 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 320.

338 Cf. Natalia GAJL, «Les entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne», *loc. cit.*, p. 167.

339 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 319 et 323; Cf. Z. RYBICKI, «L'entreprise publique dans le système polonais de l'économie planifiée», *loc. cit.*, p. 317.

340 Cf. J. N. HAZARD, «Soviet Government Corporation», *loc. cit.*, p. 853.

341 Cf. A. W. RUDZINSKI, *Industrial Management in Poland*, (polycopié, 10-12-65, pp. 1 et 2.

342 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, pp. 11 et 12.

Rybicki, est une des formes du développement et de l'élargissement de la démocratie socialiste. Elle constitue une base pour coordonner l'activité des différentes organisations ouvrières qui fonctionnent à l'intérieur de l'entreprise. Les organes de l'autogestion ouvrière représentent les intérêts du personnel en matière de production et en matière sociale. Elle joue aussi un rôle de jonction entre les intérêts particuliers de l'entreprise et les intérêts nationaux³⁴³.

En Pologne, les organes de l'autogestion ouvrière fonctionnent en vertu de la loi, des directives établies par le conseil central des syndicats et du statut voté par la conférence d'autogestion ouvrière. Conformément à ces actes, les tâches de l'autogestion ouvrière consistent notamment à décider dans les affaires les plus importantes concernant l'entreprise, à exercer le contrôle et la surveillance de l'activité du directeur de l'entreprise et à organiser la réalisation de tâches économiques et socioculturelles. Les organes de l'autogestion ouvrière votent les plans annuels et à long terme de l'entreprise en se fondant sur les directives et les indices établis par l'organe supérieur (unions d'entreprises); ils déterminent les principes de la répartition de la partie du profit destinée au personnel, ils votent aussi les règlements intérieurs du travail. Les organes de l'autogestion sont également compétents pour se prononcer en matière de nomination et de révocation du directeur de l'entreprise³⁴⁴.

Toutes les décisions des organes de l'autogestion ouvrière concernant le fonctionnement de l'entreprise sont adressées au directeur qui est tenu d'assurer leur réalisation. Le directeur peut refuser l'exécution d'une décision lorsqu'il estime qu'elle a été prise en violation des dispositions juridiques en vigueur ou qu'elle est contraire aux plans de l'entreprise. Dans ce cas la question est alors tranchée définitivement par un organe supérieur (*Zjednoczenie*) ou par une commission constituée spécialement à cet effet, (*komisja rozjemcza*) à laquelle participent les représentants des syndicats³⁴⁵.

En tout cas, c'est en se fondant sur les dispositions juridiques en vigueur, les directives émanant des organes supérieurs, les résolutions de l'autogestion ouvrière et sur sa connaissance des besoins économiques, que le directeur de l'entreprise publique polonaise organise le processus de production de celle-ci³⁴⁶.

67. En ce qui concerne leur régime financier, les entreprises publiques des pays socialistes possèdent un patrimoine propre, distinct de celui de l'État, bien qu'elles soient considérées généralement comme propriété nationale³⁴⁷. Mais malgré l'existence de ce patrimoine propre, il arrive fréquemment que la propriété de celui-ci ne revienne pas totalement à ces entreprises en tant que personnes juridiques et qu'une partie appartienne à l'État. Il en résulte fréquemment que l'entreprise d'État en

343 V. Z. RYBICKI, «L'entreprise publique dans le système ...», *loc. cit.*, p. 318.

344 V. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 12.

345 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 13; Natalia GAJL. «Les entreprises d'État en...», *loc. cit.*, p. 165.

346 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 13.

347 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 327.

tant que personne juridique a seulement l'usufruit de l'entreprise économique ou commerciale ou le droit de l'exploiter³⁴⁸. De là que l'on distingue un patrimoine sur lequel l'entreprise a seulement droit d'usage d'un patrimoine circulant qui constitue le véritable patrimoine de l'entreprise.

En URSS, les entreprises d'Etat et leurs *trusti* (unions) réalisent leur propre financement, ne reçoivent pas de crédits de l'Etat et sont considérées séparées du fisc. Elles répondent de leurs dettes puisqu'elles disposent de leur patrimoine; l'Etat n'est pas garant de leurs engagements et il s'ensuit donc qu'il existe une nette différence entre le patrimoine de l'Etat et celui de l'entreprise. Cependant, en ce qui concerne l'URSS, seul l'Etat a le droit de posséder les moyens de production incluant les biens des personnes juridiques -entreprises d'état- et ceci crée un dualisme dans leur patrimoine. En effet, les entreprises d'Etat possèdent un patrimoine uniquement apparent: il s'agit de l'équipement que l'Etat leur a confié et dont il leur a seulement conféré droit d'usage en en gardant lui-même la propriété, bien qu'elles diffèrent de ce dernier en tant que sujets de droit; mais par ailleurs, elles possèdent un second patrimoine qui comprend le matériel qu'elles ont acquis pour les besoins de la production, les produits fabriqués, l'argent en caisse et les profits mis en réserve. Cet avoir représente leur véritable patrimoine par lequel elles se portent garant devant les tiers³⁴⁹.

En Pologne, on rencontre une situation semblable; les biens que possède l'entreprise lui sont conférés par l'Etat à titre administratif et «pour usage» et restent toujours propriété inaliénable de l'Etat³⁵⁰. En Bulgarie, les entreprises d'Etat reçoivent aussi de l'Etat des fonds d'opération suffisants ainsi que l'équipement; celui-ci reste propriété de l'Etat, l'entreprise en ayant seulement droit d'usage. Elle se porte garant devant les tiers avec son patrimoine circulant constitué par le matériel et les produits fabriqués, les fonds pour frais d'opération et les profits. Ce «patrimoine circulant» constitue aussi son véritable patrimoine³⁵¹.

D'autre part, les entreprises des pays socialistes doivent généralement transférer à l'Etat une partie de leurs profits, probablement en contrepartie de l'usufruit que l'Etat leur cède en ce qui concerne les biens³⁵².

En Pologne par exemple, les bénéfices perçus par les entreprises se divisent en plusieurs parts qui sont destinées à des fins différentes; l'une de ces parts passe au Trésor d'Etat³⁵³.

68. Enfin, au sujet des rapports internes des entreprises avec leur personnel ceux-ci ne tombent pas dans le domaine d'action du droit public et par conséquent

348 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 327.

349 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 317.

350 V. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 7; N.GAJL, «Les entreprises d'Etat en...», *loc. cit.*, p. 164.

351 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 319.

352 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 327.

353 V. Z. RYBICKI, «L'entreprise publique dans le système ...», *loc. cit.*, p. 317.

sont soumis au régime ordinaire du droit du travail, comme c'est le cas en URSS, en Roumanie et en Pologne³⁵⁴.

b. Régime juridique externe:

69. Le régime juridique externe des entreprises publiques dans les pays socialistes est réglé par les dispositions du droit civil en URSS, en Yougoslavie, en Pologne³⁵⁵ en Tchécoslovaquie et en Roumanie³⁵⁶. Comme conséquence, les actes de ces entreprises d'Etat n'ont pas le caractère d'actes administratifs mais celui de transactions dérivées du droit privé reposant sur l'autonomie de la volonté et sur la liberté de contracter³⁵⁷; de ce fait, les controverses qui pourraient en naître ne sont pas jugées par des fonctionnaires d'Etat mais par les tribunaux civils ordinaires³⁵⁸,

70. Comme conséquence de ce qui vient d'être signalé, l'on peut généralement observer que les entreprises d'Etat des pays socialistes possèdent la qualité de commerçants. Par exemple en Tchécoslovaquie où l'inscription des entreprises sur le Registre de commerce est exigé, elles acquièrent le caractère de commerçants³⁵⁹. K. KATZAROV dit qu'en général, on peut en déduire que, dans la mesure où l'on conserve la distinction entre «particuliers» et «commerçants», les entreprises d'Etat créées en vertu de lois spéciales comme personnes juridiques différentes de l'Etat, peuvent acquérir et posséder la qualité de commerçants puisqu'elles exercent des actes de commerce en leur nom et à titre de profession; cependant elles ne peuvent être considérées comme des sociétés commerciales ou des personnes juridiques commerciales étant donné que la loi ne les a pas déclarées comme telles³⁶⁰.

71. Enfin, au sujet du régime fiscal des entreprises publiques des pays socialistes, celui-ci est, en général, le même que celui qui est établi pour n'importe quelle autre activité privée³⁶¹. Cependant, dans certains pays, comme la Russie, il a été prévu un impôt sur les ventes ou sur le chiffre d'affaires des entreprises publiques; cet impôt, très élevé³⁶², est en outre un des principaux contrecoups financiers de la socialisation. En effet, il incarne l'idée par laquelle le Budget de l'Etat doit garder la différence entre le coût de production d'une marchandise et son

354 V. G. LANGROD, «L'entreprise publique en droit...», *loc. cit.*, pp. 227; K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 321 et 322; Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 11.

355 V. ELIS HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 67; J. N. HAZARD, «Soviet Government Corporation», *loc. cit.*, pp. 860 et 861; Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 9.

356 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 320 et 322.

357 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 378.

358 Cf. ELIS HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 67.

359 Cf. K. KATZAROV, *loc. cit.*, p. 320.

360 V. K. KATZAROV, *loc. cit.*, p. 363.

361 Cf. K. KATZAROV, *loc. cit.*, pp. 329 et 330.

362 V. R. FERNANDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», *loc. cit.*, p. 459; J. N. HAZARD, «Soviet Government Corporation», *loc. cit.*, p. 867 dénomme cet impôt *turnover tax*.

prix de vente, ce dernier étant déterminé, non pas par le libre jeu du marché, mais selon l'appréciation concrète de l'auteur du plan³⁶³. En parallèle avec cet impôt il a été prévu également un impôt sur les bénéfices obtenus par les entreprises publiques, au moyen duquel ces dernières sont dépouillées de tout bénéfice qui dépasse leur besoin d'élargir la production (inversions de capital, augmentation du capital d'exploitation) et celui de remplir les fonds destinés aux services sociaux et culturels des employés et ouvriers³⁶⁴.

(c) Formes juridiques spéciales

72. Dans les paragraphes précédents nous avons étudié les traits caractéristiques des entreprises d'Etat des pays socialistes, lesquelles, bien que possédant une personnalité juridique distincte de l'Etat et un patrimoine propre, sont cependant considérées propriété nationale. Cette situation s'est aussi présentée en Yougoslavie, mais à partir de 1950, par suite de la loi fondamentale sur la gestion des entreprises économiques de l'Etat par les collectivités ouvrières, a commencé l'évolution vers une véritable propriété socialiste par la reconnaissance de certains droits aux producteurs (à la classe ouvrière) dans les entreprises et par l'implantation du dénommé auto gouvernement des producteurs.

La loi constitutionnelle yougoslave généralise et constitutionnalise les droits des producteurs et ses collectivités de travail dans les entreprises économiques; selon cette loi, l'auto gouvernement économique des producteurs se fonde sur les droits suivants: a) Droit d'administration de l'entreprise ou de la coopérative par la collectivité de travail, soit directement ou par l'intermédiaire des Conseils ouvriers élus et révoqués par les producteurs; b) Éligibilité des producteurs par les corps représentatifs des entreprises économiques; c) Droit de l'entreprise économique de disposer de ses recettes, après avoir rempli ses obligations sociales; d) Droit de l'entreprise pour fixer la rémunération de ses travailleurs selon leurs capacités; e) Droit de l'entreprise pour fixer en forme autonome ses propres plans économiques; f) Droit de participation des producteurs aux nouvelles chambres des Assemblées populaires -Conseil de producteurs- par l'intermédiaire de leurs représentants, pour déterminer les ressources matérielles consacrées à satisfaire les besoins et à leur forme d'emploi³⁶⁵.

Sans doute, les droits d'auto gouvernement ainsi définis en forme générale ne sont actuellement exercés intégralement par les producteurs yougoslaves. Nonobstant et comme le signale Djordjevich, dans les conditions actuelles de l'évolution économique, culturelle et sociale du pays, l'auto gouvernement des producteurs remplit déjà deux fonctions sociales fondamentales: la première consiste à éloigner le capitalisme d'Etat; l'auto gouvernement interdit l'identification de l'organisation de l'Etat; empêche la bureaucratie d'établir sa tutelle sur la vie économique et de mettre des obstacles à la libre action des lois économiques et au

363 Cf. A. BAYKOV, *The Development of the Soviet Economic System...*, cit., p. 367, cit. par R. FERNANDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», loc. cit., p. 459.

364 Cf. R. FERNÁNDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», loc. cit., p. 460.

365 V. in Jovan DJORDJEVICH, *Yugoslavia, democracia socialista*, cit., p. 63.

marché libre; elle montre l'abandon de «la planification totale de l'Etat» dans la vie économique, la planification qui freine le développement des forces de production, l'amélioration de la productivité, l'initiative créatrice des producteurs et l'autonomie des unités économiques³⁶⁶.

La seconde fonction de l'autogouverner est de donner impulsion au transfert des moyens de production des mains de l'Etat à celles des producteurs; l'Etat cesse graduellement d'être propriétaire et le droit individuel du producteur sur les produits de son travail est progressivement reconnu. Ceci, selon Djordjevich, représente une garantie essentielle pour la liberté de l'initiative créatrice, pour la reconnaissance de la dignité de l'homme créateur; c'est le commencement d'une véritable démocratie économique qui étend à l'économie la souveraineté du peuple travailleur et lie ainsi la souveraineté économique à la souveraineté politique³⁶⁷.

Pourtant et bien que sans aucun doute, la Yougoslavie poursuive son programme de planification de l'économie, en même temps, tant l'initiative comme la responsabilité de l'activité industrielle sont affaire propre des autorités politiques locales comme reflet du mouvement de décentralisation. De ce fait, la moderne économie yougoslave dans sa forme la plus accentuée peut être considérée comme basée sur la libre concurrence entre les entreprises communales qui jouissent en général d'autonomie en ce qui concerne la détermination des prix, ou dit d'une autre manière, les Yougoslaves sont arrivés à réunir les principes de l'entreprise libre et de la propriété collective³⁶⁸.

En dernier lieu, il faut signaler que c'est en Yougoslavie où, pour la première fois dans l'histoire, a été institué le système d'auto gouvernement des producteurs qui donne à la notion de propriété sociale -«propriété» qui n'appartient à aucun groupe, ni à l'Etat- son véritable sens. Celle-ci, d'autre part, est le cadre dans lequel se réalisent deux droits contradictoires: le droit d'administration par les producteurs des moyens de production, celui d'obtenir une part du produit social et le droit de la communauté de déterminer, par l'intermédiaire des corps représentatifs, le montant des ressources à déduire du produit social pour satisfaire les besoins de la société³⁶⁹.

D. Sociétés commerciales de capital public

73. En dehors du développement par l'Etat d'activités industrielles et commerciales par l'intermédiaire d'organismes doués de personnalité juridique, de caractère public ou semi-public, il est fréquent de rencontrer, en droit comparé, des exemples de recours à la forme sociétaire commerciale pour le développement de ces activités, bien que dans des pays comme l'Angleterre ce phénomène ne se produise qu'exceptionnellement³⁷⁰. Dans la plupart des cas, le recours à la forme sociétaire de droit privé pour la réalisation d'activités économiques par l'Etat,

366 V. J. DJORDJEVICH, *Yugoslavia, democracia socialista, cit.*, p. 64.

367 V. J. DJORDJEVICH, *Yugoslavia, democracia socialista, cit.*, pp. 64 et 65.

368 V. ELIS HÅSTAD, «Tipos de industrias nacionalizadas», *loc. cit.*, p. 67.

369 V. J. DJORDJEVICH, *Yugoslavia, democracia socialista, cit.*, p. 71.

370 V. G. LANGROD, «L'entreprise publique en droit administratif comparé», *loc. cit.*, p. 219; Cf. W. A. ROBSON, «La empresa pública en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 74.

s'effectue en parallèle avec l'utilisation de formes juridiques de droit public comme cela se produit dans tous les pays d'Europe occidentale et en Amérique latine³⁷¹. Au contraire, dans d'autres systèmes, l'Etat développe généralement ses activités industrielles et commerciales par l'intermédiaire de ces sociétés, l'utilisation de figures de droit public étant exceptionnelle, comme c'est le cas en Autriche³⁷², en Grèce³⁷³, en Suède³⁷⁴ et en Finlande³⁷⁵.

74. Dans tous ces cas, l'utilisation par l'Etat de la forme juridico-commerciale poursuit des objectifs plus ou moins concrets: doter de personnalité juridico-privée un patrimoine rattaché à un but en obtenant, en outre, le bénéfice de la responsabilité, se soumettre aux lois et usages du commerce, échapper à l'application du droit administratif en résolvant par ce procédé pratique le problème des relations entre l'organisme public et l'entreprise, fonder son crédit devant des tiers et la doter d'une gestion souple, tant du point de vue juridique que du point de vue économique³⁷⁶. En présence de ces objectifs, il est évident que l'Etat n'a pas hésité à recourir aux formes de droit privé avant de recourir à la forme de l'établissement public soumis fonctionnellement au droit administratif, bien que l'utilisation de la forme sociétaire soit considérée dans certains cas comme fictive³⁷⁷.

-
- 371 V. Allemagne: Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, pp. 2 et 4; E. FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 660; Wolfgang ZETZSCHKE, «Las empresas públicas en la República Federal Alemana», *loc. cit.*, p. 97; France R. DRAGO, *Rapport français*, pp. 6 et 7; Belgique: M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 10; Finlande: Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 13-29; Italie: M. S. GIANNINI, «Sobre las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 20; Espagne: Manuel BROSETA PONT, *Rapport espagnol*, p. 5; J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado ... », *loc. cit.*, pp. 94 et 100; F. GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 138; Brésil: Antonio BROCHADO DA ROCHA, «Rapport brésilien» in *IV CICFP*, Vol. 4, pp. 105, 107 et 109; Argentine: R. BIELSA, «Las sociedades de economía mixta, los servicios públicos y las industrias de interés nacional», in *Estudios de derecho administrativo*, Vol. I, Buenos Aires 1950, p. 593; Vénézuéla: Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de derecho administrativo*, Caracas 1963, p. 186; Chile: Enrique SILVA CIMMA, *derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile 1961, Vol. II, p. 295.
- 372 V. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 498; M. BAENA DEL ALCÁZAR, «La intervención de la administración en la economía austríaca», *RAP*, n° 42, 1963, p. 450; W. WEBER, «State Controlled Enterprise in Austria», *RISA*, 1962, n° 2, p. 196.
- 373 V. Pella LENOUDIA, «La empresa pública en Grecia», *ICE*, marzo de 1964, p. 152.
- 374 V. Håkan STRÖMBERG, «La empresa pública en Suecia», *ICE*, marzo de 1964, pp. 145, 147 y 149.
- 375 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 13, 18 et 29.
- 376 Cf. Manuel BROSETA PONT, *Rapport espagnol*, p. 24.
- 377 V. Manuel BROSETA PONT, *Rapport espagnol*, pp. 19 et 20; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 12.

Par ailleurs, l'objectif primordial qui a amené l'Etat à utiliser la forme sociétaire est peut-être la limitation de la responsabilité au capital apporté dans l'entreprise³⁷⁸, à tel point que dans certains pays, par exemple en Allemagne, il est interdit à l'Etat de recourir ou de participer aux formes sociétaires dans lesquelles la responsabilité des associés n'est pas limitée à une quantité déterminée³⁷⁹.

En dernier lieu, nous devons signaler que les pouvoirs publics sont en général libres d'utiliser la forme sociétaire de droit privé pour développer leurs activités commerciales bien qu'en Allemagne par exemple, cette participation soit conditionnée aux exigences d'un intérêt d'Etat important, et à l'impossibilité de toucher au but poursuivi par d'autres moyens que l'utilisation de la forme de droit privé et si celle-ci ne porte pas préjudice aux fonds publics³⁸⁰.

75. Dans tous les cas déjà signalés et sans que l'utilisation normale ou exceptionnelle de la forme sociétaire influe sur le régime juridique qui s'applique à ces personnes juridiques, c'est le régime de droit privé concrètement de droit commercial qui régit normalement ces formes juridiques lorsqu'elles sont constituées par des particuliers. La participation de l'Etat en tant qu'unique actionnaire ou en régime d'économie mixte dans les dites sociétés, ne devrait, en principe, faire varier le régime juridique applicable. Cependant, dans les systèmes juridiques contemporains, on observe l'existence de nombreuses dérogations au régime commun des sociétés, qui sont provoquées par la présence de l'Etat et qu'il est nécessaire d'analyser.

Dans ce but, nous étudierons séparément la société commerciale publique unipersonnelle et la société commerciale d'économie mixte, selon que l'Etat soit l'unique actionnaire de l'entreprise ou qu'il participe conjointement avec d'autres personnes privées au capital de celle-ci.

(a) La société commerciale publique unipersonnelle

76. Etant donné leur soumission au respectif Code du commerce, le régime juridique de ces sociétés commerciales publiques dans lesquelles l'Etat est le seul actionnaire est, en principe, déterminé par le droit commercial, civil et du travail, et par les dispositions spéciales qui leur sont applicables. Cependant, le fait de la présence de l'Etat dans ces sociétés, entraîne un certain nombre de dérogations au régime et à la structure des sociétés commerciales, conduisant à l'impossibilité d'appliquer intégralement les normes de droit commercial, en premier lieu, parce que quelques dispositions spéciales réglant ces sociétés établissent de nombreuses dérogations précises au régime des sociétés anonymes, par exemple et entre autres, la pluralité d'associés disparaît, les actions de l'Etat sont souvent intransmissibles, il

378 Cf. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública», *loc. cit.*, p. 119; K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 314; Håkan STRÖMBERG, «La empresa pública en Suecia», *loc. cit.*, p. 148; K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 323.

379 V. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 4.

380 V. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 9; Cf. «Rapport de la République Fédérale d'Allemagne» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 137.

est prévu un contrôle externe sur la société anonyme. Mais en outre, le fait d'être un organisme public actionnaire et que celui-ci soit le seul associé, rend inapplicable dans de nombreux cas le régime juridique des sociétés anonymes ou à responsabilité limitée, étant donné que quelques organes disparaissent et qu'il manque quelques conditions essentielles; nous verrons par exemple, qu'il manque généralement l'assemblée générale et que le régime des actions perd son sens en quelque sorte³⁸¹.

L'on a essayé de remédier à nombre de ces inconvénients en faisant participer l'Etat avec une autre personne publique au capital de l'entreprise, par exemple des Instituts autonomes ou des établissements publics. Dans ces cas, même s'il existe plus d'un actionnaire, le capital reste totalement de caractère public.

77. En présence du type de société commerciale publique unipersonnelle, le premier problème qui surgit est celui de la possibilité même de la société unipersonnelle ou à actionnaire unique, dont le sujet fera aussi l'objet de discussion au VII Congrès International de Droit Comparé, section de droit commercial³⁸². En effet, partant de l'idée générale selon laquelle la société est un contrat «Par lequel deux personnes ou plus conviennent de contribuer, chacune avec la propriété ou l'usage des biens ou avec sa propre industrie, à la réalisation d'un but économique commun», suivant cette définition prise dans le Code civil vénézuélien³⁸³ qui provient du projet franco-italien des obligations et qui a été gardée par la Code civil italien³⁸⁴, il faut convenir qu'en général, l'acte constitutif de la société doit avoir une base collective initiale. Nous n'ignorons pas que quelques droits positifs permettent la création de sociétés à actionnaire unique, mais il s'agit en tout cas de quelque chose d'exceptionnel. En face de cette position la doctrine admit sans difficulté l'existence de la société unipersonnelle survenue, laquelle présuppose, qu'ayant été constituée régulièrement avec pluralité de fondateurs, les actions se concentrent ultérieurement en une seule main³⁸⁵. L'on peut dire que c'est la position générale relative à l'admissibilité des sociétés dans lesquelles l'Etat est le seul actionnaire³⁸⁶. En effet, en général et même en présence de la participation de l'Etat, il se présente l'impossibilité de créer des sociétés unipersonnelles sans le concours d'autres personnes juridiques, même si l'on admet la société unipersonnelle survenue. C'est par exemple, la position du droit allemand, selon lequel une société anonyme ou à responsabilité limitée peut seulement être fondée au moins par cinq et deux personnes respectivement; ainsi les sujets de l'Administration publique ne peuvent fonder juridiquement une société propre sans la participation d'autres sujets. Cependant, admet K. Vogel, cette condition peut être éludée si les employés ou

381 Cf. Manuel BROSETA PONT, *Rapport espagnol*, p. 11.

382 V. Section III, A, 2. Le rapport vénézuélien rédigé par le Professeur Roberto GOLDSCHMIDT.

383 V. Arts. 1649 du *Code civil* vénézuélien.

384 V. art. 531 du Projet Franco-italien des obligations; et art. 521 du *Code civil* italien.

385 Cf. Manuel BROSETA PONT, *Rapport espagnol*, p. 20.

386 V. Gerhard PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 8; R. DRAGO, *Rapport français*, p. 6; K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 309; Pella LENOUDIA, «La empresa pública en Grecia», *loc. cit.*, p. 153.

fonctionnaires de l'organisme public correspondent agissent en tant que particuliers dans la constitution de la société et transfèrent plus tard leurs actions à l'organisme public³⁸⁷.

En face de cette situation générale, le droit espagnol montre, dans la loi sur les sociétés anonymes, une norme réellement exceptionnelle concernant le droit des sociétés dans lequel il n'existe pas de précepte analogue, et qui après avoir décidé que le nombre des fondateurs d'une société anonyme ne peut être inférieur à trois, ajoute qu'il fait exception au principe établi des sociétés constituées par des organismes d'Etat, provinciaux ou municipaux, en application des dispositions en vigueur³⁸⁸.

78. Or, soit que l'Etat se constitue en actionnaire unique depuis le début ou soit qu'il le fasse ultérieurement, la forme juridique commerciale de l'entreprise détermine qu'elle soit considérée commerçante³⁸⁹ et par conséquent, qu'elle soit considérée juridiquement en tant que personne privée soumise au droit commun et aux tribunaux ordinaires. Donc, les sociétés de capital public, en général n'exercent aucune faculté publique, à l'exception de celles de quelques pays, comme la Suède, dans lesquels elles doivent recouvrer des impôts indirects (par exemple les impôts sur le tabac, l'alcool et la loterie)³⁹⁰.

D'autre part, le personnel qui leur prête ses services n'est pas considéré comme appartenant à la fonction publique et au contraire, se trouve soumis au droit du travail³⁹¹. De même et quant au régime fiscal ces entreprises se trouvent généralement soumises au même régime ordinaire qui régit les sociétés commerciales, même si elles peuvent jouir d'exemptions et d'exonérations spéciales³⁹². Cependant, en Grèce, il est prévu une exemption générale de toute obligation d'impôts et contributions, ce qui suppose en réalité un éloignement du principe du fonctionnement «commercial» des entreprises de l'Etat³⁹³.

79. Quand l'Etat est l'unique actionnaire d'une société commerciale, son influence dans l'activité de celle-ci s'effectue en formes indirectes: en exerçant, par l'intermédiaire du Ministre respectif ses droits en tant qu'actionnaire ou en donnant des instructions aux membres du conseil d'administration nommés par lui³⁹⁴. C'est pour cela que l'on dit que ces entreprises, bien que virtuellement dirigées par leurs

387 V. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 4.

388 V. Manuel BROSETA PONT, *Rapport espagnol*, p. 9.

389 Cf. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 11; R. DRAGO, *Rapport français*, p. 11.

390 V. Håkan STRÖMBERG, «La empresa pública en Suecia», *loc. cit.*, p. 149.

391 Cf. G. LANGROD, «L'entreprise publique en droit administratif comparé», *loc. cit.*, p. 227; R. DRAGO, *Rapport français*, p. 9; Håkan STRÖMBERG, «La empresa pública en Suecia», *loc. cit.*, p. 149.

392 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 13; P. DU PONT, *L'Etat industriel*, *cit.*, p. 110; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien* p. 10; Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 17 et 21; Håkan STRÖMBERG, «La empresa pública en Suecia», *loc. cit.*, p. 149.

393 V. Pella LENOUDIA, «La empresa pública en Grecia», *loc. cit.*, pp. 157 et 158.

394 Cf. Håkan STRÖMBERG, «La empresa pública en Suecia», *loc. cit.*, p. 149.

organes statutaires, se trouvent sous la supervision et le contrôle du Ministre correspondant³⁹⁵.

80. En conséquence, tout ceci provoque l'existence d'anomalies concernant le régime normal des sociétés. En effet, dans toute société commerciale publique unipersonnelle, il manque réellement l'assemblée générale en tant qu'organe délibérant, puisque l'actionnaire unique ne peut délibérer avec lui-même. Pourtant, l'assemblée étant un organe nécessaire dont la composition, les facultés et le fonctionnement se règlent par les normes commerciales des sociétés, l'on a prétendu formellement dans certains cas la substituer en attribuant ses fonctions à un organisme ou à une corporation publique qui, substantiellement ne peut être considérée comme la véritable assemblée générale, car sa constitution, son fonctionnement et ses facultés sont régis par ses propres normes qui ne sont précisément pas celles que contiennent les lois commerciales. Ainsi par exemple, en Espagne, en ce qui concerne les sociétés créées par des organismes locaux, l'on dit que le conseil municipal ou la corporation locale en plein agira en tant qu'assemblée générale³⁹⁶. Par ailleurs, en ce qui concerne les organes directifs de la société il surgit des anomalies; ainsi le conseil directif dans les sociétés publique unipersonnelles, n'est nommé ni révoqué pas l'assemblée générale, car celle-ci n'existe pas au sens strict, mais par l'unique actionnaire. En cette forme, ces actes de nomination ou de révocation constituent de véritables actes administratifs soumis au droit public et non au droit privé³⁹⁷.

81. D'autre part, même si la forme normale d'exercer le contrôle et la direction sur l'entreprise est, de la part de l'Etat, celle de l'exercice de ses droits en tant que titulaire d'actions, il est nécessaire de signaler que dans ces sociétés unipersonnelles il n'existe matériellement pas de régime d'actions, considéré pourtant essentiel dans toute société anonyme. En effet, il faut convenir que dans les sociétés publiques unipersonnelles, les actions ne sont pas vraiment partie aliquote du capital lorsqu'elles ne sont utilisées comme instrument de financement, ni comme moyen pour mesurer l'intensité dans l'exercice des droits sociaux car, les deux supposent la pluralité d'associés. Par ailleurs, il ne peut être dit qu'en général ces actions constituent des titres valeurs puisque fréquemment la loi ordonne qu'elles soient intransférables, comme dans quelques cas que l'on trouve en Autriche et en Finlande³⁹⁸ et, quand leur légitimation pour assister à leurs prétendues assemblées générales est attribuée non en tant qu'actionnaire mais par le fait d'être conseiller comme en Espagne dans quelques cas³⁹⁹.

395 Cf. Pella LENOUDIA, «La empresa pública en Grecia», loc. cit., p. 153.

396 V. Manuel BROSETA PONT, *Rapport espagnol*, p. 17.

397 Cf. Manuel BROSETA PONT, *Rapport espagnol*, p. 18; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 16 et 17.

398 V. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 11; Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 14.

399 V. Manuel BROSETA PONT, *Rapport espagnol*, p. 16.

82. En dernier lieu, et bien qu'en principe ces entreprises soient régies par le droit des sociétés commerciales il est invraisemblable de penser pouvoir leur appliquer les causes de liquidation prévues par les lois commerciales.

En effet, dans certains pays comme l'Autriche, ceci est clairement établi en forme générale et il est exigé que la dissolution ou la liquidation de l'entreprise soit effectuée au moyen d'une loi spéciale⁴⁰⁰.

Au contraire, dans la plupart des pays, il n'existe aucune réglementation générale à ce sujet et si théoriquement, étant donné la qualité de commerçants de ces entreprises, il était instauré une procédure de faillite contre elles, celle-ci serait difficilement réalisable car l'État, pour des motifs d'intérêt général, viendrait certainement en aide aux entreprises en difficulté⁴⁰¹. Cependant, il est nécessaire d'observer à ce sujet, que la gestion déficiente d'une entreprise publique n'entraîne pas pour ses directeurs de sanction semblable à celle dont est passible, en cas de faillite, le directeur privé, car les directeurs et administrateurs de la société publique sont moins affectés que ce dernier par la crise de l'entreprise. En effet pour le directeur privé, l'entreprise constitue sa profession et sa vie, mais pour le responsable de l'entreprise publique, celle-ci n'a généralement pas pour lui un tel caractère; s'il est fonctionnaire, comme c'est le cas fréquemment, et échoue dans sa gestion, il peut revenir à son propre poste dans la carrière administrative. C'est dans ce sens que T. R. Fernández Rodríguez considère, à juste raison, qu'il est nécessaire d'effectuer à ce sujet une assimilation du caractère des directeurs privés et publics qui sera le motif préalable pour obtenir l'intérêt de ceux-ci pour l'entreprise⁴⁰². Tant que ceci ne se fera pas, la célèbre phrase formulée par Ripert observant l'apparition du phénomène économique de l'État sera toujours valable: «S'emparer des propriétés privées est chose qui, juridiquement, est relativement facile; les exploiter selon les formes privées est plus difficile»⁴⁰³.

(b) La société d'économie mixte

83. En général le terme d'entreprise ou société d'économie mixte s'applique aux sociétés dans lesquelles se trouvent associés des capitaux publics et des capitaux privés, en vue d'une exploitation industrielle ou commerciale⁴⁰⁴. Cependant ce terme, dont le caractère est moins juridique qu'économique demande à être précisé.

400 V. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 10; spécialement en Belgique: M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 12.

401 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 11; A. DELION, *L'État et les entreprises publiques*, cit., p. 22; Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 8; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 57 et 59; M. S. GIANNINI, «Sobre las empresas públicas», loc. cit., pp. 12 et 15; K. KATZAROV op. cit., p. 323.

402 T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública», loc. cit., p. 121.

403 V. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris 1948, p. 246, cit. par K. KATZAROV, op. cit., p. 291; cit., de même par T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Notas para un planteamiento ... », loc. cit., p. 121.

404 Cf. P. DU PONT, *L'État industriel*, cit., p. 65.

En premier lieu, l'association du capital public avec le capital privé peut survenir dès le début de la vie juridique de l'entreprise ou lors d'un fait ultérieur quand une personne publique territoriale acquiert une partie du capital d'une société commerciale unipersonnelle de l'Etat, comme cela s'est produit fréquemment en Autriche⁴⁰⁵. Par ailleurs, pour pouvoir être en présence d'une société d'économie mixte il faut que l'organisme qui participe au capital soit l'Etat ou tout autre collectivité publique. De là que la présence de capitaux apportés par des établissements publics ou autres sociétés publiques ne soient pas suffisants pour la qualification d'économie mixte. Ainsi l'exigeait par exemple la loi cubaine sur les sociétés d'économie mixte laquelle les définissait comme «entreprises dans lesquelles l'Etat apporte un capital et participe à leur gestion ou à leur administration conjointement avec le capital privé»⁴⁰⁶. En outre, dans la qualification d'économie mixte d'une société, entrent aussi en jeu les proportions du capital public et du capital privé et il est généralement exigé une participation telle que les capitaux publics et privés se partagent la direction de l'entreprise⁴⁰⁷. Par conséquent l'existence d'une proportion minimale de capital privé dans l'entreprise et, de ce fait, d'une influence totale de l'Etat, fera plutôt penser que l'on se trouve en présence d'une société commerciale publique⁴⁰⁸. Au contraire si le capital de l'Etat représente une proportion minimale, l'on se trouvera en présence du dénommé actionnariat de l'Etat plutôt qu'en présence d'une entreprise d'économie mixte⁴⁰⁹. C'est ainsi que l'entreprise d'économie mixte est caractérisée par la présence des secteurs public et privé dans la direction de la société bien que généralement ce soit avec une certaine prépondérance des intérêts publics⁴¹⁰, ce qui, par ailleurs, est exigé en Allemagne⁴¹¹.

84. La grande importance de l'entreprise d'économie mixte est celle d'avoir été le moyen initial d'intervention de l'Etat dans l'économie, car ses origines remontent aux timides essais réalisés dans divers pays afin de rendre compatible le dogme économique du «laisser-faire» avec le besoin de voir l'Etat stimuler certaines oeuvres et entreprises d'intérêt public⁴¹². Ainsi, dans des pays comme l'Angleterre⁴¹³ et la plupart des pays socialistes, sauf la Hongrie⁴¹⁴, ou la vague de nationalisations a permis une solide intervention de l'Etat dans l'économie avec des figures juridiques comme les *Public Corporations* et les entreprises d'Etat, les entreprises mixtes ne sont pas fréquentes. Au contraire, dans des pays comme le Luxembourg où il

405 V. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 2.

406 V. *Información Jurídica*, n° 138, Madrid 1951, p. 923.

407 V. Theo KELLER, «La economía propia de las comunidades públicas», *loc. cit.*, p. 163.

408 Cf. Theo KELLER, «La economía propia de las comunidades públicas», *loc. cit.*, p. 163.

409 V. J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo», *loc. cit.*, p. 97.

410 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 33.

411 V. Klaus VOGEL, *Rapport allemand*, p. 5.

412 Cf. F. GARRIDO FALLA, «Las empresas públicas», *loc. cit.*, p. 141.

413 V. W. A. ROBSON, «La empresa pública en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 74.

414 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 341 et 342.

n'existe pas d'institutions publiques économiques, l'unique forme utilisée par l'Etat, pour réaliser des activités industrielles et commerciales, est l'entreprise d'économie mixte⁴¹⁵.

85. Pour ces entreprises d'économie mixte gouvernent les mêmes principes que pour les sociétés commerciales unipersonnelles; elles sont donc soumises totalement aux régulations du droit civil, commercial et du travail, avec la possibilité de leur appliquer certaines des dérogations du régime ordinaire analysées. Dans ce sens, il faut souligner que M. A. Flamme, même en ce qui concerne les entreprises d'économie mixte, trouve inconcevable que leur soit appliquée la procédure de faillite, étant donné qu'il existe en elles un intérêt public qui exige le concours de l'Etat pour éviter toute cessation des paiements de leur part⁴¹⁶.

II. LE CONTRÔLE SUR LES ACTIVITÉS INDUSTRIELLES ET COMMERCIALES DE L'ETAT

86. Flaminio Franchini en parlant de l'intervention de l'Etat dans l'organisation économique italienne signale à juste titre que les problèmes qui se sont posés, avec une clarté et une urgence de plus en plus grande, à l'égard des entreprises publiques, sont nombreux et peuvent prendre différents aspects, suivant qu'ils ont trait: à la propre raison d'être de certaines entreprises (survivances historiques de nécessités économiques ou politiques désormais dépassées); à la question de l'opportunité de l'intervention de l'Etat; à la nécessité d'établir des liens organiques entre les principes juridiques et économiques régissant des entreprises faisant partie de la même branche de l'activité économique ou de branches différentes mais liées entre elles; et surtout à la réorganisation des contrôles. Il conclut, que c'est ce dernier problème qui, en fait, du point de vue juridique apparaît comme le plus délicat et celui dont la solution, est le plus urgente⁴¹⁷.

En effet, et ceci se rencontre comme une tendance du droit comparé, l'intervention de l'Etat dans la vie économique par la réalisation d'activités industrielles et commerciales, a donné lieu, comme nous l'avons vu, à la création et constitution de diverses formes juridiques d'action qui vont de la dénommée régie industrielle française et de la régie d'Etat belge à la société commerciale de capital public ou mixte, selon le degré de décentralisation. Or, cette plus ou moins importante décentralisation, surtout quand elle se fait au moyen de la constitution de formes juridiques autonomes, a donné lieu, dans les différents droits positifs, à la prévision de certains mécanismes de contrôle exercé par l'Etat ou la communauté sur ces divers organismes. Il s'agit, en effet, de contrôles différents qui, parfois, s'entrecroisent et s'enchevêtrent, arrivant à faire naître, dans certains cas, des doutes très sérieux quant à la portée et aux limites de la compétence des organes qui les élaborent. Généralement, aux contrôles normaux effectués par les Ministères

415 V. «Rapport de la Chambre des Comptes du Luxembourg», au *IV CICFP* (Vienne 1962), *loc. cit.*, Vol. IV, p. 217.

416 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 59.

417 V. Flaminio FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention de l'Etat dans l'organisation économique italienne», *loc. cit.*, p. 233.

techniques qui exercent sur les entreprises publiques la surveillance et la tutelle, s'ajoutent en effet, des contrôles spéciaux intérieurs et extérieurs, lesquels s'appliquent plus particulièrement aux entreprises subventionnées par l'Etat. Par ailleurs, au nombre de ces derniers, se trouve un type de contrôle très particulier qui est celui qu'exerce le Parlement. Il se fonde sur le principe par lequel, puisqu'il s'agit des fonds de l'Etat, ce dernier a le droit, lors de l'examen et de la discussion de son propre budget, de savoir comment les fonds en question sont administrés⁴¹⁸. En outre, dans les pays où le contrôle financier s'exerce non seulement par le Parlement, mais aussi par des institutions supérieures de contrôle des finances publiques, l'intervention de ceux-ci est chaque fois plus accentuée dans la disposition des fonds publics pour la réalisation par l'Etat d'activités commerciales et industrielles. Ces trois formes: contrôle administratif, contrôle par le Parlement, contrôle par les institutions supérieures de contrôle des finances publiques sur les dites activités nous les analyserons dans les paragraphes suivants en forme comparative. Il faut ajouter en outre, que particulièrement dans les pays où l'intervention de l'Etat dans l'économie a pris son origine avec les phénomènes de la nationalisation, les divers mécanismes de contrôle mis à la disposition des consommateurs, des ouvriers et des producteurs feront également l'objet de notre étude comparative.

Nous devons signaler au préalable que nous traiterons le sujet de ces mécanismes de contrôle au sens large du terme, du fait qu'ils comprennent souvent implicitement, surtout en ce qui concerne le contrôle administratif, non seulement des tâches de contrôle au sens strict du mot, mais aussi des tâches de coordination, de planification et même de direction⁴¹⁹.

En tous cas, il faut convenir avec R. Drago, ainsi que nous le verrons, que les systèmes de contrôle sur les entreprises publiques montrés par le droit comparé sont si nombreux, que s'ils intervenaient tous réellement ils les paralyseraient et leur enlèveraient toute la souplesse commerciale qui doit être leur règle essentielle de fonctionnement⁴²⁰.

1. Le contrôle administratif

87. Le premier et peut-être le plus important des contrôles sur les entreprises publiques est celui qu'exercent sur elles les organes de l'Administration de laquelle elles dépendent en définitive. Par sa nature même, ce contrôle est dans certains cas si intense et si étendu, qu'il devient nettement difficile de le distinguer de l'activité de gestion ou de direction ou même de l'influence que l'organe administratif respectif exerce sur les entreprises d'Etat.

En lignes générales, ce contrôle, réalisé par la propre administration ou par les organes auxquels sont affiliées les entreprises économiques d'Etat, revêt deux modalités fondamentales qu'il est nécessaire d'étudier séparément. En premier lieu,

418 Cf. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention de l'Etat dans l'organisation économique italienne», *loc. cit.*, p. 233.

419 Cf. Georges LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, Paris 1962, p. 36.

420 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 14.

ce contrôle peut être exercé directement par l'Administration par l'intermédiaire du Ministre respectif, en tant que contrôle hiérarchique ou de tutelle; ou par l'intermédiaire d'organes administratifs de coordination ou de planification des activités d'Etat. En second lieu, ce contrôle peut être exercé par l'Administration en forme indirecte, par l'intermédiaire d'organismes doués de personnalité qui agissent en tant que trusts ou holdings d'entreprises économiques. Ainsi, nous étudierons, non seulement un contrôle administratif direct, mais aussi un contrôle administratif indirect.

A. Contrôle administratif direct

88. La forme et l'intensité du contrôle administratif direct sur les entreprises publiques dépend de la forme juridique concrète qui leur a été attribuée⁴²¹. Il peut s'agir d'un contrôle hiérarchique, d'un contrôle de tutelle ou d'un contrôle effectué par l'intermédiaire d'organes administratifs de coordination et de planification, selon le degré d'autonomie dont jouissent les entreprises publiques.

En effet, le contrôle hiérarchique est intimement lié au pouvoir hiérarchique exercé par un chef par rapport à ses subordonnés: le Ministre exerce un pouvoir hiérarchique sur l'ensemble des agents de ses services. Ainsi, ce pouvoir est inconditionné; sous réserve de ne pas prescrire ou commettre d'illégalités, le supérieur a le droit de donner à ses inférieurs les ordres qu'il juge nécessaires; il a toujours, sauf texte contraire, le pouvoir de réformer ou d'annuler les décisions de ses subordonnés⁴²². Au contraire, le pouvoir de tutelle qui implique le contrôle respectif, ne met pas en rapport un supérieur et des inférieurs, mais un contrôleur, (l'autorité de tutelle) et des contrôlés (les organes de la personne publique sous tutelle). C'est ainsi un pouvoir conditionné: le contrôle ne se présume pas, puisqu'il ne s'exerce que dans les cas et sous les formes prévus par la loi. De plus, signale G. Vedel, il ne comporte pas la possibilité de donner des ordres: en effet, les organes de la personne publique sous tutelle ont la responsabilité des intérêts de celle-ci et ne sont tenus en droit que par les lois et règlements. L'autorité de tutelle peut faire respecter ceux-ci, mais ne peut y ajouter de son propre chef des prescriptions complémentaires⁴²³. C'est ainsi que Maspétiol et Laroque ont défini la tutelle administrative comme l'ensemble des pouvoirs limités concédés par la loi à une autorité supérieure sur les agents décentralisés et sur leurs actes, afin de protéger l'intérêt général⁴²⁴.

En résumé l'on peut dire avec G. Vedel, qu'en général, le pouvoir et le contrôle hiérarchique se déploient au sein d'une personne morale unique et mettent en oeuvre des relations de chef à subordonné. Le pouvoir et contrôle de tutelle mettent en rapport l'Etat et d'autres personnes publiques et mettent en oeuvre des relations entre

421 Cf. Wolfgang ZETZSCHKE, «Las empresas públicas en la República Federal Alemana», *loc. cit.*, p. 95.

422 V. Georges VEDEL, *Droit administratif, cit.*, Vol. II, p. 419.

423 V. G. VEDEL *op. cit.*, Vol. II, p. 419.

424 V. MASPÉTIOL et LAROCQUE, *La tutelle administrative*, Paris 1930, p. 10, *cit.* par M. BAENA DEL ALCÁZAR, «Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la administración central», *RAP*, n° 44, 1964, p. 100.

l'Etat, gardien de l'intérêt général le plus large, à ce titre contrôleur, et des personnes publiques ayant des intérêts propres, et à ce titre contrôlées⁴²⁵. Pour cela, G. Langrod a signalé comme une des raisons de création des entreprises publiques personnifiées, la nécessité d'éluder le contrôle hiérarchique⁴²⁶.

Mais en plus du contrôle hiérarchique et du contrôle de tutelle sur les organismes d'Etat ou parastatales qui développent des activités industrielles et commerciales, l'Etat peut exercer un troisième type de contrôle administratif qui est celui qui s'exerce par l'intermédiaire d'organes de coordination ou de planification, créés spécialement par l'Etat pour effectuer ces tâches dans le domaine des participations de l'Etat à l'économie et qui ne peut être inclus dans les deux autres types analysés précédemment; c'est celui qu'exerce en Italie par exemple, le *Ministero delle Partecipazioni Statali* ou dans les pays socialistes les organes centraux de planification.

Nous allons étudier séparément ces trois types de contrôle administratif exercé par l'Etat sur le développement de ses activités industrielles et commerciales.

(a) Le contrôle hiérarchique

89. L'administration exerce un contrôle hiérarchique sur les activités industrielles et commerciales lorsque celles-ci sont développées directement par elle-même⁴²⁷. Dans ce cas, les directeurs de ces entreprises sont des fonctionnaires fortement engagés avec l'administration publique, et en conséquence, obligés de se soumettre aux dispositions de leurs organes ou instances supérieurs. Le contrôle effectué sur la réalisation des dites activités est alors généralement lié à l'ingérence directe de la gestion et de la direction de l'entreprise.

De plus, dans certaines circonstances, quand les organes administratifs directeurs de l'entreprise jouissent d'une certaine autonomie, sans que pour autant celle-ci soit douée de personnalité, le contrôle hiérarchique se reflète à travers le droit de veto qui revient au Ministre respectif pour ce qui touche les décisions des organes directeurs. Ainsi, par exemple en Allemagne, le Ministre des Postes a droit de veto absolu sur les décisions du conseil d'administration de la *Deutsche Bundespost* qui pourraient provoquer des répercussions financières; il peut, en outre présenter devant le gouvernement fédéral pour décision finale, les résolutions qui, selon lui, lèsent les intérêts du *Bund*⁴²⁸.

Par ailleurs, l'on peut de même parler de contrôle hiérarchique en ce qui concerne celui qui est exercé par l'Administration belge sur les régies d'Etat, qui, bien que douées de personnalité juridique, sont dépourvues de toute autonomie

425 V. G. VEDEL, *op. cit.*, Vol. II, p. 419.

426 V. G. LANGROD, «L'entreprise publique en droit administratif comparé», *loc. cit.*, p. 228.

427 V. n° 14 et ss.

428 V. Wolfgang ZETZSCHKE, «Las empresas públicas en la República Federal Alemana», *loc. cit.*, p. 96.

organique et par conséquent soumises à l'autorité hiérarchique du Ministre respectif⁴²⁹. En effet, dans ce cas, l'octroi de la personnalité juridique au service ne lui fait pas perdre le caractère d'administration centralisée, car l'objectif poursuivi est essentiellement de permettre à certaines entreprises étatiques à caractère industriel ou commercial d'échapper aux règles de gestion financière et comptable traditionnellement en vigueur dans l'Etat. Pour cela, les administrations ainsi personnalisées demeurent sous l'autorité hiérarchique directe du Ministre.

(b) Le contrôle de tutelle

90. Le contrôle de tutelle dans les activités industrielles et commerciales de l'Etat apparaît dès le moment où il existe une décentralisation fonctionnelle dans l'Administration, et l'on parle de décentralisation fonctionnelle quand celle-ci est réalisée par l'intermédiaire d'organes qui se détachent de l'Administration directe de l'Etat au moyen du procédé technique juridique de la concession de la personnalité juridique à des entités institutionnelles⁴³⁰.

De ce fait, la tutelle administrative sur les organismes décentralisés qui développent des activités économiques, a pour but essentiel de garantir l'unité et la bonne exécution de la politique générale de l'Etat en matière économique, car elle permet à l'Administration centrale de surveiller directement, mais non en tant que supérieur hiérarchique, l'activité des organes qui intègrent l'administration indirecte de l'Etat.

Parmi les pouvoirs de l'autorité de tutelle qui sont généralement ceux du Ministre respectif, il y a lieu de faire une distinction entre les pouvoirs de tutelle sur les personnes et les pouvoirs de tutelle sur les actes.

91. En règle générale, dans la tutelle sur les personnes les Directeurs et les membres des conseils d'administration des organes fonctionnellement décentralisés sont désignés par l'Administration centrale. Ceci se produit dans les pays où l'établissement public industriel ou commercial est de règle dans la décentralisation fonctionnelle, comme par exemple en France⁴³¹ en Belgique⁴³² et au Vénézuéla⁴³³, ainsi que dans les pays où sont de règle les *Public Corporations*⁴³⁴ ou les entreprises publiques des pays socialistes⁴³⁵. La révocation des désignations revient aussi, en

429 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 8 et 30.

430 V. F. GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid 1950, p. 189 cit. par M. BAENA DEL ALCÁZAR, «Los entes funcionalmente descentralizados ... », *loc. cit.*, p. 81.

431 V. Roland DRAGO, *Rapport français*, pp. 8 et 9.

432 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 30.

433 V. Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 445.

434 V. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 125, J. E. HODGETTS, «La empresa pública en Canadá», *ICE*, mars 1964, p. 131.

435 V. En relation avec la Bulgarie, la Tchécoslovaquie, la Hongrie et la Pologne, K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 319, 320 et 323; Zygmunt RYBICKI, *Rapport polonais*, pp. 10 et 19.

général, à l'Administration centrale bien que dans certains cas l'initiative revienne aux organes d'autogestion ouvrière, comme en Pologne⁴³⁶.

92. Quant à la tutelle sur la gestion, les Ministres disposent généralement, en relation avec les organismes décentralisés qui réalisent des activités industrielles et commerciales, de certains pouvoirs de contrôle a priori ou a posteriori, selon qu'ils aient lieu avant ou après que la décision ait été prise. Ainsi, le contrôle a posteriori juge des actes déjà exécutés, ce qui prouve par conséquent que la gestion et le contrôle sont deux actes nettement séparés. Au contraire, en ce qui concerne le contrôle a priori tel que l'indique J. Rivero, il y a, entre les organes de gestion et ceux de contrôle, un dialogue permanent la volonté du premier ne peut produire d'effet que si elle rencontre celle du second. En réalité, il y a dans ce cas une véritable co-gestion⁴³⁷. Nous allons en tout cas étudier ces deux types de contrôle.

Le contrôle à priori peut revêtir différentes formes. En premier lieu, il peut consister en la possibilité, pour les organes de tutelle ministérielle, de préciser, en relation avec les entreprises publiques, les directives ou l'orientation générale de l'activité de celles-ci, qui ne se réfèrent pas à des actes concrets des dites entreprises; c'est le cas de l'Angleterre⁴³⁸, et de l'Italie. Ainsi, en Italie par exemple, l'article 1 de la loi de 1948 précise expressément à l'égard de l'Institut pour la Reconstruction Industrielle, «qu'il appartient au Conseil des Ministres de décider, dans l'intérêt de la collectivité, de l'orientation générale à donner à l'Institut», tant en matière politique qu'en matière économique⁴³⁹. Ainsi par exemple, l'*Air Corporation Act* de 1949 prévoit que le Ministre des Transports et de l'Aviation civile, après avoir préalablement consulté la Corporation affectée, peut donner à n'importe quelle corporation aéronautique «des instructions de caractère général sur l'exercice et la réalisation de ses fonctions relatives à des matières d'intérêt national». La corporation intéressée devra suivre ces instructions, et cette formule du pouvoir ministériel est le modèle standard en vigueur dans la législation anglaise⁴⁴⁰.

Par ailleurs, le mécanisme des approbations préalables en relation avec certains actes ou décisions des entreprises publiques est très répandu comme moyen de tutelle sur les actes et sur la gestion des entreprises. En France par exemple, la liste des décisions soumises à approbation est spécifiée dans les textes propres à chaque entreprise, mais il y existe un minimum en vertu des décrets des 26 août 1957 et 22 juin 1960 et de l'article 163 de l'ordonnance du 30 décembre 1958: les budgets et états des prévisions d'exploitation et d'équipement, les bilans, les comptes de

436 V. Zygmunt RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 12.

437 V. Jean RIVERO, «Le fonctionnement des entreprises nationalisées», *Droit Social*, nov. 1955, p. 66 *cit.* par G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, *cit.*, p. 180; Cf. P. BAUCHET, «Las empresas públicas en Francia», *ICE*, mars 1964, p. 87.

438 Cf. G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat ... cit.*, p. 65; A. DELION, *L'Etat et les entreprises publiques*, *cit.*, p. 160.

439 V. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention de l'Etat ...», *loc. cit.*, p. 240.

440 V. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña» *loc. cit.*, pp. 116 et 117; Cf. W. A. ROBSON, «La empresa pública en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 75.

résultats, les affectations des bénéfices, les quitus aux administrateurs, les prises ou extensions de participation financière, le montant des jetons de présence des administrateurs et les traitements des présidents et directeurs généraux, les mesures relatives aux éléments de rémunération ainsi qu'aux statuts et aux régimes de retraite⁴⁴¹. Des situations semblables se rencontrent dans les pays qui suivent le schéma français de l'établissement public, tels que la Belgique⁴⁴² et le Vénézuéla⁴⁴³.

Par ailleurs, en maintes occasions, les Ministres de tutelle assurent leurs pouvoirs de contrôle par la désignation de représentants au sein des entreprises, dénommés Commissaires de Gouvernement, comme c'est le cas en France et en Belgique⁴⁴⁴. Ceux-ci ont le droit d'assister aux sessions des conseils d'administration et d'user du droit de veto au sujet de certaines décisions, en recourant au Ministre respectif afin qu'il décide, la décision se trouvant suspendue durant ce temps⁴⁴⁵.

Dans le droit anglais, comme nous l'avons dit, bien que la règle générale du contrôle ministériel sur les *Publics Corporations* soit celle de la fixation, par le Ministre, de «directives de caractère général quant à l'exercice de ses fonctions en relation avec les affaires qui lui semblent affecter l'intérêt national», celui-ci jouit également de certains pouvoirs d'approbation. En effet, son approbation est nécessaire pour tout programme de réorganisation ou développement de l'entreprise qui demande une dépense importante de capital. Une obligation semblable d'obtention de l'approbation ministérielle s'applique aux plans d'instruction, d'éducation et d'investigation que les entreprises nationalisées doivent formuler et exécuter⁴⁴⁶. Par ailleurs, il est nécessaire d'observer que c'est précisément cette intervention du Ministre dans les entreprises nationales qui a permis leur contrôle indirect par le Parlement, car le Ministre est responsable devant celui-ci et peut être interpellé seulement pour les matières dans lesquelles il a droit de contrôle⁴⁴⁷. Dans les *Government Corporations* américaines, et également en matière budgétaire, l'on observe les pouvoirs de tutelle du gouvernement dans l'approbation préalable par le Président du budget de celles-ci, par l'intermédiaire de le *Budget Bureau*, lequel budget sera ensuite soumis au Congrès⁴⁴⁸.

En dernier lieu il faut indiquer que le contrôle de tutelle effectué au moyen d'approbations, se présente aussi dans certains cas concernant les entreprises publiques constituées sous la forme de droit privé. En Grèce par exemple, celles-ci

441 V. André C. DELION, «Rapport français» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 159.

442 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 78-82.

443 V. Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de derecho administrativo, cit.*, p. 443.

444 V. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 14; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 79, 82 et 84; «Rapport de la Cour des Comptes belge» in *IV CICFP*, Vol. IV, p. 39.

445 Cf. P. BAUCHET, «Las empresas públicas en Francia», *loc. cit.*, p. 88; R. DRAGO, *Rapport français*, p. 14; M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 79.

446 V. W. A. ROBSON, «La empresa pública en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 75; Cfr., L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 339.

447 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 65.

448 V. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 5.

sont sous contrôle d'un Ministre. Bien que les statuts n'incluent pas des dispositions spécifiques quant à la mesure dans laquelle le Ministre doit intervenir, le contrôle est cependant très strict et détaillé, dans la pratique, et en général les entreprises n'ont pas la souplesse industrielle qu'elles devraient avoir. Ainsi, par exemple, les finances des entreprises publiques grecques sont étroitement contrôlées: le budget de chacune d'elles doit être soumis au Ministre contrôleur pour approbation tandis que toutes les affaires économiques sont assujetties au contrôle constant du gouvernement⁴⁴⁹.

En Belgique, au contraire, s'il est exigé que le budget des entreprises de formes juridiques privées soit remis au Ministre de tutelle, il n'est cependant pas soumis à son approbation⁴⁵⁰.

93. Mais nous avons vu que les pouvoirs de tutelle sur les actes peuvent être aussi réalisés par l'Administration centrale sur les organismes fonctionnellement décentralisés, ultérieurement à la réalisation des actes contrôlés; il s'agit dans ce cas d'une intervention *a posteriori*. Ainsi, au Vénézuéla par exemple, les établissements industriels et commerciaux doivent présenter annuellement au Ministre de tutelle un rapport sur l'activité de l'entreprise ainsi que son bilan général afin que celui-ci donne ou refuse son approbation⁴⁵¹. De même, en Italie, l'organe administratif de contrôle doit procéder à examiner le bilan des entreprises sous tutelle⁴⁵².

En droit comparé, l'on observe en outre assez fréquemment la tendance à réaliser ce contrôle exécutif *a posteriori* de la gestion des entreprises publiques, lequel est totalement différent du contrôle *a posteriori* effectué par les Institutions supérieures de contrôle des finances publiques, par des experts-comptables, et dont le modèle provient des structures du droit privé. Par exemple, en Belgique, les entreprises publiques sont soumises au contrôle comptable *a posteriori* par des «réviseurs comptables» qui sont désignés par le Ministre des Finances et le Ministre intéressé. Leur rôle est de vérifier les comptes et d'en certifier la sincérité. Ils sont dotés de pouvoirs de contrôle sur place de tous les documents comptables, la correspondance et, de façon générale, «toutes les écritures». Par ailleurs, ils adressent aux deux Ministres qui les ont nommés et aux organes directeurs de l'établissement contrôlé, un rapport sur la situation de celui-ci et sur les résultats de l'exploitation. Ce rapport est dressé une fois par an à l'occasion du compte de pertes et profits et du bilan. Ils doivent signaler en outre, toute négligence, toute irrégularité et toute situation susceptible de compromettre la solvabilité de l'organisme⁴⁵³. Une situation semblable se présente en Finlande où les comptes sont examinés par des experts comptables spéciaux nommés par le Conseil des Ministres, en plus de la vérification effectuée par l'Inspection des Finances et le Parlement⁴⁵⁴.

449 V. Pella LENOUDIA, «La empresa pública en Grecia», *loc. cit.*, p. 153,

450 M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 80.

451 V. T. POLANCO, «La Administración Pública», *loc. cit.*, p. 338.

452 V. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention ...», *loc. cit.*, p. 253.

453 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 78; G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat ... cit.*, p. 90.

454 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 11.

De la même manière, en Suède, la vérification des comptes est effectuée en général par des comptables particuliers. Du fait qu'il s'agit d'entreprises publiques en forme sociétaire -celles qui sont habituellement utilisées par l'Etat pour réaliser ses activités économiques- ces comptables sont élus par les actionnaires, cependant, dans de nombreux cas, Gouvernement s'est réservé le droit de nommer la plupart d'entre eux auxquels il donne ses ordres sans qu'ils ne demeurent pour autant des fonctionnaires de l'entreprise et non par des fonctionnaires de l'Etat⁴⁵⁵.

Enfin, en Grande-Bretagne, le contrôle *a posteriori* est effectué par des entreprises indépendantes des experts comptables. Les vérificateurs sont désignés par le ministre et lui adressent un rapport qu'il doit déposer devant la Chambre des Communes⁴⁵⁶.

(c) Le contrôle exercé par l'intermédiaire d'organes administratifs de planification et de coordination

94. Il est incontestablement vrai que dans la plupart des pays occidentaux contemporains le régime classique d'économie de type libéral a disparu depuis un certain temps.

L'Etat, en face des échanges économiques internationaux, d'une nécessité de développement des régions retardées ou des conflits sociaux, est obligé d'intervenir dans le domaine économique. Et même, il ne s'agit plus actuellement d'une simple intervention sporadique. Il faut recourir de plus en plus fréquemment à tout un système d'interventionnisme de l'Etat en matière économique, lequel implique évidemment la nécessité de tracer un programme des moyens de ces interventions⁴⁵⁷. De là, l'existence de certains plans ou programmes d'action de l'Etat qui poursuivent avant toute autre chose un but de coordination.

Comme nous l'avons signalé, il est évident qu'il existe une différence essentielle entre l'établissement de programme d'action, comme résultat d'une politique interventionniste ou comme conséquence de l'existence d'un régime d'économie planifiée, différence qui provient non seulement du caractère et volume de la propriété des moyens de production concentrés entre les mains de l'Etat, mais aussi de son caractère intégral et complexe.

En effet, l'interventionnisme reste toujours un moyen auxiliaire complémentaire dans la gestion économique, où l'influence des droits du marché joue le rôle prépondérant. En revanche, l'économie planifiée, grâce à la propriété sociale des moyens de production, offre des possibilités de direction et de gestion économique réelles et complètes⁴⁵⁸.

455 V. Håkan STRÖMBERG, «La empresa pública en Suecia», *loc. cit.*, p. 148.

456 V. G. LESCUYER, *Le contrôle de L'état ... cit.*, p. 90.

457 Cf. Z. RYBICKI, «L'entreprise publique dans le système polonais de l'économie planifiée», *loc. cit.*, p. 313.

458 Cf. Z. RYBICKI, «L'entreprise publique dans ...» *loc. cit.*, p. 313; K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 415.

Nous avons dit par ailleurs que la planification, dans un régime d'économie planifiée, est intégrale et complexe. L'intégralité résulte de la possibilité de considérer l'économie nationale dans son ensemble, indépendamment des types et des formes de la propriété, en incluant dans la planification intégrale la totalité des particuliers et de leurs activités comme le seul moyen d'atteindre les buts sociaux poursuivis par l'Etat socialiste⁴⁵⁹. Ainsi, l'Etat gère directement les unités de l'économie d'Etat qui embrassent les domaines dont l'importance est décisive du point de vue économique et social. L'Etat exerce aussi une influence indirecte sur tous les autres organismes économiques, en utilisant ses pouvoirs et ses moyens d'action organisatrice sous toutes leurs formes. Le caractère complexe de la direction planifiée des activités de l'Etat consiste en ce qu'elle embrasse tous les domaines de l'activité sociale. Par conséquent, sont soumises à la planification, non seulement les activités économiques, mais aussi les moyens financiers et réels servant au développement des institutions culturelles, sociales et d'instruction publique⁴⁶⁰.

Or, tant dans un système d'économie dirigée que dans les systèmes d'économie capitaliste où sont utilisés des moyens de programmation, l'Etat intervient dans la direction et le contrôle de ces activités industrielles et commerciales par l'intermédiaire des organes administratifs chargés de mettre en marche le plan respectif ou d'effectuer la coordination nécessaire. Il s'agit en effet d'un contrôle administratif direct exercé par l'Administration elle-même, c'est à dire par des organes d'Etat⁴⁶¹.

Effectivement, l'exécution du plan d'Etat, ou des respectifs programmes correspond en dernier lieu à l'Etat, c'est à dire au Conseil des Ministres respectifs. Cependant si l'on considère l'importance extraordinaire attribuée de nos jours au plan économique d'Etat, surtout dans les pays dont le système est plus éloigné du libéralisme classique, il devient donc naturel et habituel de charger un organisme administratif spécial de l'élaboration, de l'utilisation et du contrôle de l'exécution de ce plan, même si cet organisme est généralement associé en forme directe au Conseil des Ministres. Nous sommes ici en présence des dénommés commission ou conseil du plan ou de la planification d'Etat⁴⁶².

95. Ainsi, la Commission de planification d'Etat de l'URSS (*Gosplan*) est l'organisme administratif par l'intermédiaire duquel le Conseil des Ministres dirige la planification à l'échelle nationale⁴⁶³ et qui est chargé de la coordination des activités des Conseils économiques des Républiques, dénommés *souvarkhoz* pour l'élaboration des plans régionaux⁴⁶⁴. Théoriquement, il s'agit d'un organisme consultatif et d'exécution, sans pouvoir particulier. Cependant, dans la pratique, son Président étant Vice-président du Conseil des Ministres et, à ce titre, membre du

459 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 416.

460 V. Z. RYBICKI *Rapport polonais*, pp. 5 et 6.

461 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 336 et 381.

462 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 447.

463 Cf. A. DENISOV et M. KIRICHENKO, *Derecho constitucional soviético, cit.*, p. 243; J. N. HAZARD, «Soviet Government Corporation», *loc. cit.*, p. 853.

464 Cf. G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat ... cit.*, p. 77.

Conseil économique, le *Gosplan* est le véritable cerveau moteur du système économique⁴⁶⁵.

A partir de la réorganisation de l'administration de l'industrie et de la Construction, effectuée en 1957, et avec l'élimination des Ministères de l'Industrie et le transfert de leurs responsabilités aux Conseils économiques, (*sovnarkhoz*), il a été donné aux Républiques de l'Union une plus importante participation au développement économique. Les *sovnarkhoz* dépendent du Conseil des Ministres de chaque République, et leurs suggestions et recommandations sont étudiées par celui-ci et les *Gosplan* de chaque république⁴⁶⁶. Antérieurement, la Commission de planification de l'Etat, en dehors sa fonction spécifique de tracer les plans économiques généraux et de veiller à leur exécution, exerçait son contrôle sur l'entreprise individuelle pour ce qui concernait l'exécution des dits plans⁴⁶⁷; cependant, actuellement le *Gosplan* est plutôt le centre scientifique de la planification, car il a perdu ses pouvoirs d'intervention dans la direction administrative des régions économiques. Il a donc cessé d'être l'organe suprême du contrôle des entreprises, dans la mesure même où les *sovnarkhoz* sont chargés de l'élaboration des plans. En tout cas, cette décentralisation de la gestion est contrebalancée par une centralisation du contrôle propre à la planification. Les services de l'office central des statistiques de l'URSS sont chargés de grouper et d'analyser les résultats du travail des *sovnarkhoz* et, par leur intermédiaire, celui des entreprises⁴⁶⁸. Il faut signaler enfin qu'en novembre 1962, les organismes centraux de planification de l'URSS ont été réorganisés, le *Gosplan* de l'union a été constitué sur la base de l'ancien *Goseconomsoviet* pour la réalisation des tâches de planification à long terme et il a été établi un nouvel organisme de direction économique, le Conseil Economique National de l'URSS (*Soviet Narodnogo Khoziasstva SSSR*); certaines obligations relatives à la planification, précédemment réalisée par le *Gosplan* lui ont été transférées⁴⁶⁹.

En Pologne, la commission de planification auprès du Conseil des Ministres constitue l'organe collégial suprême, chargé d'élaborer et de soumettre au Conseil des Ministres des propositions concernant les lignes générales de la politique économique, d'élaborer des projets de plans économiques dits de perspective, les projets des plans de plusieurs années et des plans annuels, d'examiner la réalisation courante des plans et de soumettre au Conseil des Ministres des propositions en cette matière, et d'élaborer les méthodes et le mode d'établissement des plans

465 Cf. Lorenzo RODRÍGUEZ DURANTEZ, «La planificación francesa», *RAP*, n° 38, 1962, p. 397.

466 V. Informe General para el 12° Congreso Internacional de Ciencias Administrativas (Vienne, 18-20 de juillet 1962) sur le sujet *Organización gubernamental para el desarrollo económico* traduit en espagnol par la Commission d'Administration publique, Caracas 1964, p. 61.

467 Cf. L. FERNÁNDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», *loc. cit.*, p. 454.

468 Cf. G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat ... cit.*, p. 77.

469 Cf. Informe General para el 12° Congreso Internacional de Ciencias Administrativas (Vienne, 16-20 Juillet de 1962), sur le sujet *Organización gubernamental para el desarrollo económico*, *cit.*, p. 61

économiques⁴⁷⁰. En tout cas, le plan constitue la base des activités des entreprises d'Etat, il détermine le volume de la production (des services ou des transactions), son assortiment, la répartition des tâches, il fixe les stocks indispensables des matières premières, l'emploi, les besoins d'investissements et de réparation, les besoins de moyens financiers, il prévoit les perfectionnements techniques et d'organisation à réaliser, etc.⁴⁷¹. Pour cela, et étant donné la forme que revêt en Pologne la planification économique, en tant qu'une des méthodes de base de l'administration de l'économie, il apparaît aussi des méthodes de supervision et de contrôle en ce domaine. Le principal contrôle est celui qu'exerce la commission de planification affectée au Conseil des Ministres et les commissions de planification affectées aux conseils populaires; elles supervisent l'exécution des plans dans leurs régions respectives et présentent les recommandations sur la matière aux autorités dont elles dépendent⁴⁷².

D'autre part, en Hongrie, le travail des organismes subordonnés est soumis au contrôle hiérarchique des organes supérieurs, y compris tout ce qui se réfère à l'exécution des plans et, le problème est de déterminer si l'entreprise respective a réalisé ou non les étapes prévues par le plan. Ainsi, il existe des organes spéciaux qui exercent leur contrôle sur l'exécution des plans, particulièrement le Bureau National de Planification qui est responsable du contrôle sur l'accomplissement des données de plan national d'économie⁴⁷³.

Par ailleurs, et même s'ils ne suivent pas le modèle des régimes d'économie planifiée; certains pays, comme la France, ont établi, dès la fin de la deuxième guerre mondiale, une planification indirecte, sans système central dans lequel toute la direction de l'économie est confiée aux organismes publics de planification. Comme conséquence, la planification française, contrairement à celle en vigueur dans les pays socialistes, n'est pas impérative mais indicative, du fait qu'elle ne fixe pour le pays que des buts économiques. Cependant, ceux-ci sont toujours obligatoires pour le gouvernement quant à son propre domaine économique⁴⁷⁴. Par conséquent, dans le domaine des activités industrielles et commerciales de l'Etat les buts du plan sont impératifs.

En France, à l'origine, le plan est élaboré par le Commissaire général au plan et soumis par le gouvernement à l'approbation du Parlement. En principe, il est réalisé par les ministres correspondant aux activités qui y sont incluses, et le contrôle administratif est, par conséquent, de type financier. Cependant, en vue de l'établissement d'un contrôle général, le décret du 16 janvier 1947 charge le

470 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 32.

471 Cf. Z. RYBICKI *Rapport polonais*, p. 29.

472 Cf. Informe General al 12º Congreso Internacional de Ciencias Administrativas (Vienne 16-20 juillet 1962) sur le sujet *Organización gubernamental para el desarrollo económico*, cit., p. 78.

473 Cf. Informe General al 12º Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, (Vienne 16-20 juillet 1962) sur le sujet *Organización gubernamental para el desarrollo económico*, cit., p. 78.

474 *Idem*, p. 14.

Commissaire au Plan de surveiller l'exécution du plan. Si le Commissaire juge que cette exécution peut être compromise pour n'importe quelle raison, il informe les Ministères compétents de la difficulté, laquelle sera éventuellement présentée au Premier ministre ou au Comité économique interministériel. Le résultat du travail de contrôle du Commissaire est consigné dans un rapport annuel d'exécution du plan⁴⁷⁵.

96. En tout cas, dans la plupart des pays occidentaux, la présence de l'Etat dans la vie économique, comme producteur de biens et services, sans être propriétaire des principaux moyens de production, a provoqué la nécessité d'établir une coordination entre les diverses entreprises d'Etat. Cette coordination s'est réalisée, soit en établissant un contrôle direct par l'intermédiaire d'un organe administratif de coordination, soit en créant des organismes économiques séparés de la personnalité de l'Etat, destinés à effectuer cette tâche. Dans le second cas, ceci donne lieu à un contrôle administratif indirect que nous analyserons plus loin. Nous allons voir maintenant les systèmes directs de coordination que nous propose le droit comparé.

Aux Philippines par exemple, le contrôle administratif de la plupart des corporations qui sont propriété de l'Etat ou soumises à son contrôle, appartient à un organisme central, nommé bureau de coordination économique, dont le directeur, le coordinateur, a le rang de Ministre. Dans l'exercice de ses fonctions, le coordinateur peut promulguer des lignes directives d'importance concernant les corporations, il peut prendre des décisions pour ce qui touche à l'orientation de l'entreprise, il peut contrôler le budget et les rapports des corporations et peut intervenir au sujet de l'embauchage du personnel⁴⁷⁶. Un organisme semblable existe en République Arabe-Unie, mais il est présidé par le Président de la République⁴⁷⁷.

Dans d'autres pays, comme le Vénézuéla où il existe un Bureau Central de Coordination et Planification⁴⁷⁸, cet organisme a avant tout un caractère consultatif. Ceci se rencontre également en Finlande⁴⁷⁹.

Dans les pays occidentaux qui ont réalisé le développement d'organismes administratifs de coordination, il est nécessaire de souligner le rôle de l'Italie. En effet, dans ce pays, il y a encore quelques années, la participation de l'Etat dans l'activité économique portait la trace d'un développement organique et fragmentaire. De cette manière, la gestion des entreprises incombait à divers organes et administrations, sans coordination politique systématique. Pourtant, à partir de la période de reconstruction d'après-guerre, le pays s'est vu dans la nécessité de procéder à une réorganisation du secteur public, non seulement afin de permettre un contrôle public plus important sur celui-ci, mais aussi et surtout pour effectuer une coordination plus importante des participations de l'Etat dans le cadre de la politique

475 Cf. Lorenzo RODRÍGUEZ DURANTEZ, «La planificación francesa», *RAP*, n° 38, 1962, p. 420.

476 V. «Rapport de la *General Auditing Office* des Philippines» in *IV CICFP*, Vol. 3. p. 153.

477 V. Mohammed TAWFIK YOUNES, «Rapport de la RAU» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 17.

478 *Manual de organización*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1963, p. 48.

479 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 22 et 23.

du gouvernement. C'est ainsi qu'est né le *Ministero delle Partecipazioni Statali* créé par la loi du 22 décembre 1956,⁴⁸⁰ sur lequel retombe la responsabilité politique de la conduite de tout l'ensemble des activités qui lui incombent, mais ne peut se mêler à la gestion des entreprises. Son activité est orientée principalement vers l'élaboration des directives générales, touchant aux lignes de développement des activités productives contrôlées et la prédisposition des mesures nécessaires à une orientation plus efficace de secteurs déterminés⁴⁸¹, mais les entreprises propres ou en régies sont exclues de toute façon de son champ d'action⁴⁸². Le ministère des participations d'Etat -étant entendus comme telles, tous les établissements et entreprises, tant publics que privés et seulement ces établissements et entreprises auxquels l'Etat apporte sa contribution directement ou indirectement, par l'apport de capitaux ou de biens⁴⁸³ ainsi que nous l'avons dit, ne gère pas directement les entreprises, car cette tâche revient à des organismes autonomes de gestion. En conséquence, ont été transférées sous l'autorité du ministère en question toutes les entreprises et participations qui étaient auparavant gérées par l'I.R.I. (*Instituto per la Recostuzione Industriale*), l'E.N.I. (*Ente Nazionale Idrocarburi*) et les autres ministères, faisant désormais place à une politique commune et coordonnée. Pour cela, l'on a dit à juste raison que la constitution de ce ministère a donné pour la première fois la possibilité d'exercer, en Italie, une politique plus complète et mieux conçue, ce qui auparavant était presque impossible⁴⁸⁴.

B. Contrôle administratif indirect

97. Nous avons signalé précédemment que le contrôle administratif qui était exercé sur les entreprises publiques pouvait être direct ou indirect. Nous avons analysé les cas du droit comparé dans lesquels le contrôle direct est exercé par l'administration elle-même, soit par l'intermédiaire du ministère respectif, par voie de contrôle hiérarchique ou de tutelle, soit par l'intermédiaire d'organes administratifs de coordination ou de planification.

Nous étudierons maintenant les cas de contrôle administratif indirect exercé sur les diverses activités industrielles et commerciales de l'Etat, et qui présente la particularité d'être effectué, non pas par l'Administration ou un de ses organes hiérarchisés, mais par des organismes autonomes doués de personnalité juridique distincte de celle de l'Etat, et qui, par conséquent, sont soumis au contrôle direct de celui-ci.

Ce phénomène s'observe, non seulement dans les pays de régime d'économie planifiée où il s'assemble avec les contrôles propres de l'exécution du plan, mais

480 V. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention de l'Etat dans l'organisation économique italienne», *loc. cit.*, p. 231.

481 Cf. Gaetano STAMMATI, «La empresa pública en la teoría económica y en la experiencia italiana», *ICE*, mars 1964, p. 107.

482 Cf. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention ...», *loc. cit.*, p. 236.

483 V. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention ...», *loc. cit.*, pp. 234 et 235.

484 V. Natalia GAJL, «Les entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne», *loc. cit.* p. 160.

aussi, dans les pays de régime capitaliste, bien qu'il ne s'y élabore pas de programmes, ni s'y développent de systèmes de planification.

98. En Grande-Bretagne par exemple, le terme de planification économique n'est plus aujourd'hui utilisé pour décrire les politiques formulées par le gouvernement pour contrôler et ajuster l'économie nationale, ce qui ne peut être interprété comme libéralisme économique, puisque le Gouvernement a des facultés directes et indirectes sur le montant et la composition du revenu national et n'hésite pas à les utiliser⁴⁸⁵. En outre, ainsi que nous l'avons vu, l'Angleterre a été l'un des pays occidentaux où il y a eu, peut-être à cause des nationalisations, une intervention décisive de l'Etat dans l'économie. Donc, s'il ne s'est pas développé de mécanismes de planification, il a été prévu en tout cas des mécanismes de coordination qui représentent certainement un contrôle indirect exercé par l'Etat sur les entreprises publiques. En effet, les mêmes lois de nationalisation ont créé divers bureaux locaux nommés *Regional Board*, *Area Board*, *Control Board*, *National Board*, essentiellement destinés à unifier, orienter et surveiller l'activité des différentes entreprises nationales. Dans tous ces cas, même si le principe de la centralisation sous l'égide du ministre intéressé, est respecté partout, l'on peut trouver dans la coordination et la subordination des entreprises nationalisées anglaises, plusieurs solutions. En premier lieu, dans certains cas, il est prévu une coordination en deux degrés: la *Coal Industry Nationalisation Act* de 1946 stipule ainsi la création du *National Coal Board* auquel est assignée la tâche de diriger l'ensemble de l'activité de l'industrie nationalisée du charbon. Ce conseil est une personne juridique autonome avec capacité de droit et d'action, bien qu'elle soit placée sous le contrôle et la direction immédiate du Ministre intéressé qui nomme le Président et huit des membres du Conseil d'Administration. C'est d'une manière semblable qu'a été résolu le problème de la coordination et de la subordination dans le *Iron and Steel Act*, qui prévoyait la création de la *Iron and Steel Corporation of Great Britain* dont les fonctions sont de diriger et orienter l'activité des entreprises nationalisées⁴⁸⁶. Par ailleurs, certains systèmes britanniques de coordination se réalisent en trois degrés, surtout quand la nationalisation comprend un grand nombre d'entreprises, dont l'activité concerne plus directement les catégories les plus nombreuses de la population. Par exemple, c'est le cas de l'*Electricity Act de 1947* qui a établi, entre les différentes entreprises nationalisées et la direction suprême personnifiée par le Ministre compétent, deux instances intermédiaires: la *British Electricity Authority ou Central Authority* et l'*Area Board*, formées de Conseils d'Administration nommés par le Ministre; leurs fonctions respectives consistent à coordonner, diriger, et contrôler les entreprises nationalisées, tout en étant hiérarchiquement distribuées. Les grandes lignes de l'orientation et de la direction, ainsi que le contact direct avec le Ministre intéressé ont été laissés au *British Electricity Board*, tandis que la tâche de coordonner l'application des lignes générales d'orientation et de direction, ainsi

485 V. Informe General al 12º Congreso Internacional de Ciencias Administrativas (Vienne 16-20 juillet 1962) sur le sujet *Organización gubernamental para el desarrollo económico*, cit. p. 12.

486 V. en K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 369.

que le contact direct avec les entreprises nationalisées étaient laissés à l'*Area Board*⁴⁸⁷.

Dans tous ces cas, les organes de coordination dépendent hiérarchiquement du Ministre respectif⁴⁸⁸ et cependant, du fait qu'ils possèdent une organisation et une personnalité distincte de celle de l'Etat, leur activité est considérée comme étant de contrôle administratif indirect.

99. Dans cette catégorie d'organismes de coordination, bien que nombre d'entre eux aient aussi des fonctions de gestion, il faut aussi inclure les *ente pubblici economici* du droit italien⁴⁸⁹ et principalement l'*Instituto per la Ricostruzione Industriale*. En effet, le *I.R.I.*, qui a été fondé à la suite de la crise économique de 1929, par le décret-loi N° 5 du 23 janvier 1933, constitue un véritable instrument d'administration et de contrôle à l'égard des participations souscrites par l'Etat dans le secteur des affaires économiques et il se présente comme un très puissant instrument de politique économique entre les mains de l'Etat. L'*I.R.I.* prévoit la coordination ou développement et la direction des diverses entreprises où il possède des intérêts et son action s'exerce principalement par l'intermédiaire de cinq grands *holdings* qu'il a constitués dans les secteurs de l'énergie électrique (*Finelettrica*), des téléphones (*Stet*), des constructions navales et des messageries maritimes (*Finmare*), de la mécanique (*Finmeccanica*) et de la sidérurgie (*Finsider*). Grâce à l'ensemble des actions qu'il détient, L'*I.R.I.* en arrive donc à exercer un contrôle total dans plusieurs des secteurs essentiels de l'économie italienne⁴⁹⁰. Il est nécessaire en tout cas de préciser que, si effectivement L'*I.R.I.* est un institut financier de droit public et par conséquent peut être classé dans la catégorie des établissements publics industriels et commerciaux⁴⁹¹ toutes les autres sociétés dépendant de lui sont des sociétés anonymes soumises aux règles habituelles du droit privé.

En Espagne, l'*Instituto Nacional de Industrias* présente aussi les caractéristiques d'une organisme de coordination économique car si effectivement, il ne produit généralement pas directement, il agit comme un trust d'entreprises productrices, au sens économique et légal. L'*INI* a été créé par loi du 25 septembre 1941, en tant qu'entité de droit public et afin de promouvoir et de financer, dans l'intérêt de la Nation, la création et la réapparition des industries espagnoles, plus spécialement celles qui se sont proposées comme but principal de résoudre les problèmes apportés par les exigences de la défense du pays ou qui se dédient au développement de son

487 V. en K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 370.

488 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 369.

489 Cf. Piero VERRUCOLI, «Consideraciones jurídico-mercantiles sobre las empresas en mano pública», *loc. cit.*, pp. 160 et 161.

490 Cf. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention ...», *loc. cit.*, pp. 232 et ss. N.GAJL, «Les entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne», *loc. cit.*, pp. 160 et 161.

491 Cf. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention ...», *loc. cit.*, p. 239.

autarchie économique, en offrant à l'épargne espagnole une inversion sûre et attrayante⁴⁹².

En France, ont le caractère d'organisme de coordination, par exemple les Charbonnages de France, qui ont été constitués comme établissement public. En effet, en France, deux catégories d'organismes assurent la gestion des mines: les Charbonnages de France et les établissements publics constitués dans les divers bassins houillers, dénommés «Houillères du bassin ...» avec l'indication géographique correspondante. Si effectivement, les houillères ont le caractère d'organismes de production, d'exploitation et de vente, les Charbonnages de France, pour l'ensemble du territoire, dirigent, contrôlent et coordonnent leur action, tant dans le domaine technique que dans le domaine commercial et financier⁴⁹³.

Il faut dire enfin, qu'en général ces organismes de coordination ont été créés fondamentalement dans les pays en voie de développement, comme moyen pour promouvoir l'industrialisation ou de développement d'une branche de l'économie ou d'une région déterminée, bien que leur présence, surtout pour cette dernière raison, soit maintenant considérée comme normale dans les pays hautement développés⁴⁹⁴. Tel est le cas par exemple, de la *Corporación Venezolana de Fomento* et de la *Corporación Venezolana de Guayana* au Vénézuéla, qui ont respectivement pour objet de promouvoir et fomentent l'industrialisation du pays et le développement de la région de Guayana⁴⁹⁵.

100. En relation aux organismes de coordination de personnalité juridique distincte de celle de l'Etat, par l'intermédiaire desquels celui-ci exerce un contrôle administratif indirect, les dénommées «unions» d'entreprises qui se sont multipliées dans les pays socialistes et dont le régime renferme une certaine unité, méritent une attention toute particulière.

Si effectivement nous avons vu qu'en URSS, l'unité économique de base est constituée par les entreprises d'Etat (*Gospredpriatia*), celles-ci sont regroupées en trusts (trusti), c'est à dire en unions de plusieurs entreprises d'Etat de caractère semblable, immédiatement destinées à être sujets centraux de direction et de représentation et qui ont une fonction de contrôle⁴⁹⁶. Il revient aux *trusti*, qui se présentent comme des organismes dotés de personnalité juridique indépendants de l'Etat, de coordonner la production et le travail de ces diverses usines ou entreprises, d'assurer leur ravitaillement en matières premières et de surveiller l'écoulement de leurs produits. Le trust constitue ainsi l'organe de contrôle à la fois administratif et

492 Cf. J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo», *loc. cit.*, pp. 85 et 86.

493 Cf. J. RIVERO, «Le régime des nationalisations», *loc. cit.*, (3e cahier, p. 43.

494 *V.* n° 8.

495 *V.* renvoi n° 50.

496 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 316 et 376; Rodrigo FERNANDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», *loc. cit.*, p. 454; J. N. HAZARD, «Soviet Government Corporation», *loc. cit.*, pp. 853 et ss.

technique de l'entreprise⁴⁹⁷. Mais ce n'est pas un organe de contrôle indépendant, puisque le directeur qui le dirige, et qui possède sans doute un pouvoir important, est nommé et peut être révoqué par les instances administratives supérieures⁴⁹⁸.

De même en Pologne, une des méthodes de coordination des activités des entreprises publiques consiste à grouper certaines entreprises -soit des entreprises clés ou des entreprises locales- et à les soumettre ainsi à la surveillance et à la direction des organismes qui sont à la fois des unités économiques et des organes de l'administration d'Etat, appelés aussi unions des entreprises d'Etat. De façon générale, ainsi que le signale Rybicki, les tâches des unions en Pologne concernent la planification économique, la coordination des activités des entreprises ainsi que l'exercice du contrôle et de la surveillance. Dans le domaine de la planification économique, l'union détermine l'orientation du développement des entreprises groupées, conformément aux principes de la politique de l'Etat énoncés dans les plans économiques à long terme et dans les plans dits de perspective, elle détermine les indices obligatoires des plans des entreprises sur lesquels les entreprises se fondent en établissant leurs plans, elle élabore les plans économiques d'ensemble de toutes les entreprises groupées dans l'union et elle fournit, en cas de besoin, des directives concernant la réalisation des plans économiques par les entreprises. Dans le domaine de la coordination des activités des entreprises, les unions sont notamment compétentes à déterminer le cadre de la spécialisation des entreprises particulières, à répartir les tâches de production et à organiser la coopération à l'intérieur de la branche économique en question, à créer des bureaux d'études et des laboratoires communs et à prendre d'autres mesures pouvant assurer un progrès technique et économique, à organiser l'approvisionnement en matières premières et l'écoulement des produits finis et à organiser les échanges d'expériences et d'information scientifiques et techniques. Enfin, dans le domaine du contrôle et de la surveillance, l'union effectue le contrôle de la réalisation des plans et d'autres obligations acceptées par les entreprises, elle surveille l'état technique et d'organisation des entreprises ainsi que les conditions de sécurité et d'hygiène du travail, et elle contrôle si la discipline financière, celle des investissements, etc., est respectée⁴⁹⁹.

Or, ces unions, bien que dotées de personnalité juridique propre en tant qu'organismes autonomes⁵⁰⁰ sont subordonnées, en ce qui concerne leur organisation et leur fonctionnement, au Ministre compétent (unions des entreprises clés) ou au présidium du conseil populaire de *voivodie* (unions des entreprises locales), de sorte que le Ministre et le présidium constituent des organes hiérarchiquement supérieurs par rapport aux unions⁵⁰¹. Ceci confirme leur caractère de moyen de contrôle administratif indirect.

497 Cf. G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat... cit.*, p. 15.

498 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 376, G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat ... cit.*, p. 376.

499 V. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, pp. 16 et ss.

500 Cf. Z. RYBICKI, «L'entreprise publique dans le système polonais ... loc. cit.», p. 316; Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 21.

501 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 21.

Il faut signaler enfin, que les unions d'entreprises, en tant qu'organes de coordination et de contrôle, dont les caractéristiques générales ont été signalées plus haut, sont également régularisées en Tchécoslovaquie, en Hongrie, en Roumanie, en Bulgarie⁵⁰².

2. *Le contrôle parlementaire*

101. Directement ou indirectement, selon leur degré d'autonomie et d'indépendance par rapport à l'Etat, sous une forme ou une autre, il est reconnu, de fait ou de droit, aux représentants du peuple, un droit de contrôle sur les entreprises économiques de l'Etat, c'est à dire qu'il est reconnu au Parlement la faculté de contrôler et d'examiner les activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics.

102. Quant aux activités industrielles et commerciales réalisées directement par les organes de l'Administration, celles-ci sont soumises au contrôle parlementaire au même titre que toute autre activité administrative. En ce qui concerne l'aspect financier, ce contrôle est peut-être le plus accentué, puisque les organes administratifs qui développent ces activités sont assujettis à l'obligation budgétaire, et ils doivent présenter un budget partiel dans le projet général de budget de dépenses de l'Etat⁵⁰³. Il s'agit ici d'un contrôle à priori. En outre, le Parlement exerce aussi un contrôle à posteriori par la vérification annuelle de la gestion du Ministre respectif, sous la compétence et la direction hiérarchique duquel se trouve le service économique non autonome.

103. D'autre part, et bien que doté de personnalité juridique distincte et d'autonomie financière, le Parlement exerce aussi un contrôle sur les activités développées par les établissements publics industriels et commerciaux. En premier lieu, et si effectivement ces organismes ne sont pas assujettis à l'obligation budgétaire, du fait qu'ils n'ont pas à soumettre leur budget à l'approbation du Parlement mais seulement à celle du Ministre de tutelle⁵⁰⁴, dès qu'il existe, dans le budget de l'Etat, une quantité destinée au patrimoine des dits organismes à titre de subvention, celle-ci doit obtenir l'approbation du Parlement au moment de la sanction du budget respectif, ce qui permet un contrôle financier indirect préalable⁵⁰⁵; cependant, dans quelques pays, comme l'Italie par exemple, il est exigé, du moins théoriquement, que les budgets reçoivent l'approbation parlementaire⁵⁰⁶. Par ailleurs, dans d'autres pays comme la France, même si, en cette matière, le Parlement n'a jamais énoncé les problèmes politiques fondamentaux que suscite la gestion des entreprises publiques⁵⁰⁷, le plus souvent par suite d'un manque

502 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 373-376.

503 Cf. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 8 et 9; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 13.

504 Cf. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 79.

505 Cf. A. DELION, *L'Etat et les entreprises publiques, cit.*, p. 71.

506 V. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention de l'Etat ...», *loc. cit.*, pp. 243 et 244.

507 V. P. BAUCHET, «Las empresas públicas en Francia», *loc. cit.*, pp. 87 et 88.

d'information suffisante, celui-ci possède un moyen de contrôle à priori qui consiste à faire soumettre au Parlement, en même temps que le projet de loi de finances, la nomenclature des entreprises publiques⁵⁰⁸. D'autre part, le Parlement possède aussi la faculté de suivre et de juger le déroulement des activités des établissements publics industriels et commerciaux, au moyen des commissions parlementaires, charge qui revenait aux sous-commissions permanentes du Parlement français avant 1958⁵⁰⁹. Cependant, pour la réorganisation des commissions parlementaires après l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958, ce contrôle permanent a disparu. Seules peuvent être constituées pourtant, des commissions d'enquête destinées à étudier tel ou tel aspect particulier des entreprises mais leurs rapports ne sont pas publics⁵¹⁰. Une situation semblable se présente au Vénézuéla où le Congrès peut désigner des commissions d'investigation pour certaines matières⁵¹¹.

En ce qui concerne les établissements publics, le Parlement possède en tout cas des moyens de contrôle indirect a posteriori pour le règlement des comptes du respectif Ministre de tutelle, sur ses actes édictés en relation aux établissements publics industriels et commerciaux, lequel peut être dans ce cas interpellé et soumis au vote de censure⁵¹². Par ailleurs concernant les pays dans lesquels, comme nous le verrons, le Parlement a un organe de vérification des comptes dont les fonctions s'étendent aux établissements publics, le résultat de cette activité de contrôle est généralement porté à la connaissance du Parlement. C'est dans ce cas un caractéristique contrôle financier a posteriori, tel qu'il existe en Italie et au Vénézuéla⁵¹³.

Enfin, en Italie, il existe une forme spéciale de contrôle financier a posteriori réalisé par le Parlement sur le bilan des établissements publics industriels et commerciaux qui reçoivent des subventions de l'Etat et qui consiste à constater que les deniers publics ont bien été dépensés en vue de satisfaire à l'objectif que l'établissement bénéficiaire se propose d'atteindre au moyen de la dite subvention⁵¹⁴.

104. En tout cas, si effectivement le droit comparé nous montre diverses formes de contrôle sur les entreprises publiques lorsque celles-ci sont développées par des personnes de droit public, ce contrôle s'affaiblit généralement vis-à-vis des sociétés commerciales de capital public.

En effet, sauf dans certains cas, lorsque les entreprises publiques sont constituées en tant que sociétés commerciales subventionnées par l'Etat, sur lesquelles le

508 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 15; André DELION, *L'Etat et les entreprises publiques*, *cit.*, p. 57.

509 Cf. P. BAUCHET, «Las empresas públicas en Francia», *loc. cit.*, p. 88.

510 Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 15.

511 V. Article 160 de la Constitution de 1961.

512 Cf. A. DELION, «Rapport français» in *IV CICFP*, Vol. IV, p. 155; Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 12.

513 V. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention de l'Etat ...», *loc. cit.*, p. 243; Arts. 234 et ss. de la Constitution du Vénézuéla de 1961.

514 V. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques del l'intervention ...», *loc. cit.*, p. 251.

Parlement exerce un contrôle a priori par l'approbation de la respective subvention, les mécanismes dont il dispose sont insuffisants puisque ces sociétés ne sont dans l'obligation d'envoyer aux chambres législatives ni information, ni rapport annuel⁵¹⁵. Et même, dans quelques pays comme la Finlande, il n'a été établi aucun type de contrôle direct sur les sociétés commerciales de l'Etat⁵¹⁶; seul est autorisé un contrôle indirect effectué par l'intermédiaire des résultats de la vérification réalisée par l'Inspection des Finances⁵¹⁷.

Dans d'autres pays cependant, par exemple en Italie, le Parlement est autorisé à exercer un contrôle direct sur les sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat a une participation, et dont elles reçoivent une subvention, contrôle qui consiste à examiner leur bilan. Dans ce cas, le contrôle du Parlement a pour objet d'examiner la manière dont il a été fait usage des deniers publics attribués en vue d'un objectif qui, dans le cas de ces sociétés, n'a besoin d'être lié qu'indirectement à des fins de caractère public⁵¹⁸.

105. Quant au contrôle parlementaire sur les activités industrielles et commerciales de l'Etat, il est nécessaire de souligner plus spécialement les particularités de ce contrôle dans les *Public* et *Government Corporations*.

En ce qui concerne les *Public Corporations* britanniques, une de leurs caractéristiques essentielles et fondamentales est celle de n'être pas soumises à l'inspection parlementaire pour ce qui est de la gestion ordinaire de l'affaire, laquelle est différente du plan général de cette dernière⁵¹⁹. Cependant, comme le précise W. A. Robson, ceci ne signifie pas que la *Public Corporation* soit libre totalement de l'intervention politique du Parlement du fait qu'elle est sujette à un considérable contrôle ministériel. Ceci implique, comme nous l'avons vu, une responsabilité du Ministre face au Parlement au moins pour ce qui touche à des matières sur lesquelles le contrôle de tutelle peut être effectué⁵²⁰. En tout cas, il faut signaler que le sujet ayant rapport à la mesure dans laquelle le Ministre peut être sujet à des interpellations parlementaires pour des matières concernant les *Public Corporations* a été très discuté. Dans ce sens, W. A. Robson fait encore remarquer que les membres de tous les partis ont demandé à la Chambre des Communes des droits plus larges permettant de requérir des Ministres une information relative aux industries nationalisées; nonobstant, le Parlement a adhéré, en substance, au principe préconisé par Mr. Herbert Morrison en 1947, lorsqu'il a dit qu'il serait contraire à l'intention clairement manifestée par le Parlement quand il a fondé les *Public Corporations* et leur a donné une large indépendance pour ce qui touche aux questions d'administration, que les Ministres donnent information sur les matières ordinaires,

515 Cf. Pella LENOUDIA, «Las empresas públicas en Grecia», *loc. cit.*, p. 153.

516 V. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, p. 20.

517 Cf. «Rapport du Valtiontalouden Tarkastusvirasto» au IV CICFP, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 147.

518 V. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention de l'Etat ...», *loc. cit.*, p. 251.

519 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, pp. 65 et 163; W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 117.

520 V. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 65.

ceci pouvant provoquer une intervention ministérielle excessive dans la liberté d'action des conseils d'administration⁵²¹.

En tout cas il est nécessaire d'indiquer que durant chaque période parlementaire, à l'occasion des débats qui ont lieu au sujet des rapports et des règlements des comptes annuels que les *Public Corporations* doivent remettre au Parlement par l'intermédiaire du ministre respectif, il se présente une importante occasion de réaliser une critique et une révision générale des industries nationalisées qui vont au-delà des seules possibilités qu'octroie l'interpellation⁵²².

Or, les moyens de contrôle parlementaire cités ont été jugés insuffisants par la Chambre des Communes, en raison notamment de l'exclusion des sujets dits de détail dans le domaine des questions qui peuvent être exposées aux Ministres et dont la définition reste vague⁵²³. Pour cela, il a été créé en 1955, en tant que moyen complémentaire de contrôle du Parlement, un comité de surveillance (*Select Commitee*) qui est une commission permanente chargée du contrôle a posteriori des entreprises nationalisées, en même temps que de leur surveillance permanente. Le comité pouvait examiner les rapports et comptes de gestion des industries nationales et obtenir sur cette gestion une information supplémentaire⁵²⁴. Les pouvoirs de cette commission étaient cependant insuffisants et en 1956, une nouvelle commission spéciale a été créée pour examiner les rapports et les comptes des industries nationales; celle-ci, contrairement à la précédente, n'a pas rencontré d'obstacles ni de prohibitions au cours de sa tâche⁵²⁵.

Aux Etats-Unis, tel que nous l'avons indiqué⁵²⁶, les *Government Corporations* ont fait leur apparition, en ce qui concerne les aspects du contrôle, selon le modèle britannique et demeurèrent ainsi jusqu'en 1945, date à laquelle le système a été modifié substantiellement par la *Government Corporation Control Act*, qui les a converties, comme le signale Pritchett, en agences semblables aux départements

521 V. W. A. ROBSON, «La Public Corporation en Gran Bretaña» *loc. cit.*, p. 118.

522 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, pp. 74 et 178; W. A. ROBSON, «La empresa pública en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 76; W. A. ROBSON, «La Public Corporation en Gran Bretaña» *loc. cit.*, p. 119; G. LESCUYER, *Le contrôle de L'état ...*, *cit.*, p. 56; L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas ... », *loc. cit.*, p. 400.

523 V. G. LESCUYER, *Le contrôle de L'état ... cit.*, p. 66; Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, pp. 164 et ss.; LORD REITH, «Public Enterprises: Necessity to Examine their Control and Structure», *Public Administration*, Vol. XXXIV, Winter 1956, pp. 351-355, V. un commentaire bibliographique de F. RUBIO LLORENTE et M. PEREZ OLEA en *RAP*, n° 21, 1956, p. 569.

524 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 182 et ss., G. LESCUYER, *Le contrôle de L'état ... cit.*, pp. 66 et 135.

525 Cf. S. MARÍN MARÍN, *Aspectos de la Administración Pública Autónoma*, *cit.*, pp. 291 et 292; W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 187.

526 V. n° 55.

habituels du gouvernement⁵²⁷. En premier lieu, nous avons vu que la loi mentionnée a éliminé l'exemption d'inscription des corporations du gouvernement au budget de l'Etat, et actuellement, de ce fait, leur budget dépend du Budget National et doit être soumis tant à l'approbation du budget bureau comme à celle du Congrès⁵²⁸. Ceci implique donc l'existence d'un contrôle parlementaire a priori qui ne se différencie pas du contrôle proprement dit de la procédure budgétaire ordinaire⁵²⁹. Ainsi les deux Chambres sont amenées à consentir annuellement des crédits aux entreprises et, en fait, à surveiller toute leur politique. Le programme de budget qui leur est soumis doit comprendre les estimations relatives aux conditions financières et opérations de la *Corporation* pour l'année fiscale courante et la suivante, de même que les conditions actuelles et les résultats de la dernière année fiscale totalement connus⁵³⁰. De plus, le Congrès dispose du *général audit* des Etats-Unis pour être informé chaque année de toutes les opérations financières effectuées⁵³¹.

Enfin, et concernant également le contrôle parlementaire des *Government Corporations* aux Etats-Unis, le Congrès peut désigner des comités d'enquête entre les deux Chambres pour surveiller les activités des industries gouvernementales⁵³².

3. *Le contrôle réalisé par les institutions supérieures de contrôle des finances publiques*

106. Il existe une tendance généralisée dans les systèmes financiers vus par l'intermédiaire du droit comparé, par laquelle les Etats, dans le but de développer et amplifier leurs finances publiques, créent des organismes spéciaux, presque toujours auxiliaires du Parlement ou de catégorie juridictionnelle, mais, en tout cas, séparés du pouvoir exécutif, dont les fonctions spécifiques sont de réaliser le contrôle fiscal ou celui des finances publiques⁵³³.

Généralement, ces organismes supérieurs de contrôle, dans l'exercice de leurs fonctions spécifiques, réalisent un contrôle a posteriori sur les activités industrielles et commerciales de l'Etat, lorsque celles-ci sont en relation avec les motifs ordinaires

527 V. Herman PRITCHETT, «The Government Corporation Control Act. of 1945», 40 *American Political Science Review*, 1946, p. 495, cit. par J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 5.

528 Cf. G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat ... cit.*, p. 63; V. n° 55.

529 Cf. G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat ... cit.*, p. 64.

530 Cf. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, pp. 5 et 6.

531 V. Leonard D. WITHE, *Introducción al estudio de la administración pública, cit.*, pp. 3-9.

532 Cf. G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat ... cit.*, pp. 13 et 135.

533 Pour une étude comparative de ces institutions voir les travaux présentés au Vème Congrès Internationaux des Institutions Supérieures de Contrôle des Finances Publiques, dont le dernier a eu lieu en Israël en 1965; entre autres v. les actes du IV Congrès édités à Vienne; de même v. les travaux présentés aux IIème Congrès d'Amérique Latine des organismes de contrôle, dont le dernier s'est célébré au Chili en 1965. Entre autres, v. les mémoires du 1er Congrès célébré à Caracas et publiés à Caracas en 1963.

de contrôle fiscal, donc, sauf de rares exceptions, comme en France, il n'est pas prévu l'existence d'organismes destinés spécialement à contrôler les dites activités.

En effet, en Italie par exemple, la Cour de Comptes qui est, quant à la gestion financière, l'organisme de surveillance du Parlement, s'est vu attribuer, selon une norme constitutionnelle, la faculté de contrôler la gestion financière des organismes qui jouissent ordinairement d'une aide de l'Etat et doit soumettre directement aux Chambres les résultats de son contrôle⁵³⁴. Donc, toutes les personnes juridiques, publiques ou privées subventionnées par l'Etat, doivent présenter à la Cour des Comptes les résultats de leur comptes et budgets, leurs comptes de pertes et profits, ainsi que les rapports de leurs organes administratifs et de contrôle. La Cour des Comptes exerce alors sur les bilans des organismes subventionnés un contrôle qui a pour but de préparer la voie au Parlement. Il s'agit en définitive d'une action consistant à étudier la gestion financière des organismes contrôlés grâce à l'examen de leurs propres bilans et donnant la possibilité de solliciter les informations et documents que la Cour juge nécessaires.

En tout cas, il faut observer qu'à l'égard des bilans des établissements et entreprises subventionnés, la Cour des Comptes italienne observe une attitude bien différente de celle qu'elle adopte à l'égard du budget de l'Etat. En effet, à l'égard de ce dernier, l'action de contrôle de la Cour des Comptes s'exerce, en premier lieu, au cours de l'exécution du budget préalablement adopté, par l'examen relatif à la légitimité des engagements pris et des dépenses effectuées. A ce contrôle financier préalable en succède un autre, opéré par la Cour des Comptes au moment où elle procède à la confrontation de ses propres écritures et de celles qui résultent du budget lui-même: contrôle qui se conclut par une déclaration spéciale d'égalisation, laquelle vient prendre place en même temps qu'un résumé des résultats de l'examen effectué par la Cour des Comptes, dans le rapport présenté au Parlement en même temps que le budget. Au contraire, à l'égard des bilans des entreprises subventionnées, la Cour des Comptes n'est pas habilitée à procéder à une délibération formelle qui, même de loin, puisse être assimilée à celle qui intervient pour le budget de l'Etat, et elle ne peut évidemment pas formuler de déclaration de conformité à ses propres écritures, ni même une approbation des bilans⁵³⁵.

Il est important en tout cas de souligner que la Cour des Comptes, malgré les restrictions mentionnées, peut contrôler tous les organismes subventionnés par l'Etat, même s'il s'agit de sociétés commerciales dans lesquelles ce dernier a participation ou auxquelles il accorde une subvention. Suivant cette même orientation, nous citerons l'exemple de l'Inspection des Finances de Finlande, organisme chargé du contrôle du Budget National⁵³⁶, qui a également dans ses attributions le contrôle des sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat a une participation⁵³⁷. Cependant, il ne

534 V. «Rapport de la Corte dei Conti italienne» in *IV CICFP*, Vol. 3, pp. 93 et 95

535 Cf. F. FRANCHINI, «Aspects juridiques de l'intervention ...», *loc. cit.*, p. 255; «Rapport de la Corte dei Conti italienne» in *IV CICFP*, Vol. 3, pp. 93 et ss.; S. MARIN MARIN, *Aspectos de la administraci6n p6blica auton6mica*, *cit.*, pp. 296 et 297.

536 Cf. «Rapport du Valtionatalouden Tarkastusvirasto de Finlande» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 145.

537 Cf. Tore MODEEN, *Rapport finlandais*, pp. 11 et 18.

peut donner ni instructions, ni ordres aux organismes de la société selon la forme dont il les donne aux autorités et institutions de l'État; les observations faites au cours du contrôle doivent toujours être présentées au Ministère dont dépend l'entreprise⁵³⁸.

De même, les organismes spéciaux de contrôle des Finances publiques d'Autriche (*Rechnungshof*)⁵³⁹ et d'Israël (*State Comptroller*)⁵⁴⁰, peuvent étendre leur fonction de contrôle sur les sociétés commerciales dans lesquelles l'État a participation, même si dans quelque cas, comme en Espagne, il est exigé que la participation de l'État soit supérieure à 75% du capital social⁵⁴¹. En Allemagne, par ailleurs, si effectivement les dites entreprises ne sont pas directement soumises au contrôle de la Cour des Comptes (*Bundesrechnungshof*), les instructions pour le contrôle réalisé par un expert technique désigné à cet effet sont données par celle-ci⁵⁴², bien que soit admise la possibilité d'un contrôle direct par la Cour si l'État accorde une subvention à l'entreprise en question⁵⁴³.

Ceci se présente aussi en Suède où les *Riksdagens* qui n'examinent généralement pas les affaires des compagnies contrôlées par l'État, peuvent cependant le faire si ces compagnies reçoivent une subvention⁵⁴⁴.

D'autre part, en Belgique, la Cour des Comptes, bien qu'ayant faculté pour contrôler les activités développées par les établissements publics industriels et commerciaux⁵⁴⁵, ne peut étendre son contrôle sur les sociétés commerciales dans lesquelles l'État a participation⁵⁴⁶. En ce sens, les organismes supérieurs de contrôle des finances publiques du Brésil (Tribunal des comptes)⁵⁴⁷, d'Irak (*Comptroller and Auditor General*)⁵⁴⁸, des Pays-Bas (Chambre des Comptes)⁵⁴⁹ ne peuvent étendre leur fonction de contrôle sur les sociétés commerciales dans lesquelles l'État a participation.

538 V. «Rapport du *Valtiontalouden Trakastusvirasto* de Finlande», in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 147.

539 V. Gerhardt PLÖCHL, *Rapport autrichien*, p. 16; Josef MARSCHALL, «Rapport autrichien» au *IV CICFP*, *loc. cit.*, Vol. 4, pp. 239 et 249.

540 V. «Rapport du *State Comptroller's Office*» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 199.

541 V. «Rapport du *Tribunal de Cuentas* espagnol» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 271.

542 Cf. Klaus VOGEL, *Rapport Allemagne*, p. 14; «Rapport du *Bundesrechnungshof*» in *IV CICFP*, Vol. 4, pp. 137 et 139.

543 V. «Rapport du *Bundesrechnungshof* de la République Fédérale d'Allemagne» in *IV CICFP*, Vol. 3, p. 45.

544 V. Håkan STRÖMBERG, «La empresa pública en Suecia», *loc. cit.*, p. 149.

545 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, pp. 43; Cf. G. LESCUYER, *Le contrôle de l'État ... cit.*, p. 122.

546 V. M. A. FLAMME, *Rapport belge*, p. 80.

547 V. A. BROCHADO DA ROCHA, «Rapport brésilien» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 123.

548 V. A. K. SAID, «Rapport d'Irak», in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 145.

549 V. «Rapport du *Algemene Rekenkamesrides* Pays-Bas» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 229.

107. Quant au contrôle que peuvent exercer les organismes de contrôle des finances publiques sur les organismes d'Etat qui développent des activités industrielles et commerciales, il est nécessaire de souligner le système français dans lequel il a été créé par la loi du 6 janvier 1958 un organisme satellite de la Cour des Comptes destiné spécialement à contrôler les comptes des entreprises publiques et dénommé «Commission de vérification des Comptes des entreprises publiques». Les pouvoirs de la Commission sont de caractère général: «elle procède annuellement à l'examen des comptes de gestion, bilans et comptes de pertes et profits des entreprises susvisées et en tire toutes les conclusions sur les résultats financiers de celle-ci». «elle exprime son avis sur la régularité et la sincérité des comptes, elle propose, le cas échéant, les redressements qu'elle estime devoir être apportés à ces comptes et porte un avis sur la qualité de la gestion commerciale et financière de l'entreprise»; la loi précitée ajoute enfin que «dans les rapports d'ensemble sur l'activité et les résultats des entreprises contrôlées par elle, elle signale, le cas échéant, les modifications qui lui paraissent devoir être apportées à la structure ou à l'organisation de ces entreprises, et donne son avis sur ses perspectives d'avenir»⁵⁵⁰.

Or, la compétence de la Commission de Vérification s'étend aux établissements publics industriels et commerciaux, aux entreprises nationalisées et sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat possède au moins la majorité du capital social⁵⁵¹, et le rapport général est adressé chaque année au Parlement, au Premier Ministre et à la Cour des Comptes⁵⁵².

108. Enfin, dans les pays anglo-saxons, les comptes des entreprises publiques sont contrôlés ou examinés par les organismes de contrôle des dépenses publiques. En effet, en Angleterre, la Commission des Comptes publics de la Chambre des Communes, puissant instrument parlementaire pour contrôler les dépenses des départements gouvernementaux, a procédé aussi à examiner les comptes des entreprises nationalisées, mais le dit contrôle est fait surtout sur les entreprises qui dépendent économiquement de l'Etat⁵⁵³.

Aux Etats-Unis, depuis le *Government Corporation Control Act* de 1945, «les transactions commerciales des *Corporations* qui sont totalement aux mains du Gouvernement sont contrôlées par le *General Accounting Office*, en accord avec les principes et procédés appliqués aux transactions commerciales et avec les normes et régulations qui sont signalées par le Contrôleur Général des Etats-Unis»⁵⁵⁴. Cependant, bien que cette prévision légale paraisse indiquer que le *General*

550 V. A. DELION, «Rapport français» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 16; Cf. R. DRAGO, *Rapport français*, p. 14.

551 Cf. F. J. FABRE et R. MORIN. «A propos d'une décision du Tribunal des Conflits. Quelques aspects actuels du contrôle des sociétés d'économie mixte», *RDP*, Paris 1964, n° I, p. 789; A. DELION, «Rapport français» in *IV CICFP*, Vol. 4, p. 163; P. DU PONT, *L'Etat industriel*, *cit.*, p. 136.

552 Cf. G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat ... cit.*, p. 121; A. BAUCHET, «Las empresas públicas en Francia», *loc. cit.*, p. 89.

553 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada y propiedad pública*, *cit.*, p. 190.

554 V. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 6.

Accounting Office ne peut exercer qu'un contrôle de type commercial, ceci n'a jamais été fait. En effet, le Bureau Général de Comptabilité, non seulement a procédé à vérifier les comptes des Corporations, mais encore a voulu décider de leur approbation, réviser les dépenses et les engagements non résolus de celles-ci pour déterminer si elles étaient ou non autorisées conformément aux dispositions réglementaires du *General Controller*⁵⁵⁵. Ainsi, le Bureau Général de Comptabilité peut, dans un certain sens, compromettre en forme rétrospective la validité des transactions des corporations, ce qui, selon A. Abel, est fortement préjudiciable aux opérations de l'entreprise⁵⁵⁶.

109. Enfin, il faut signaler que, dans les pays d'Europe orientale, l'institution des organismes supérieurs de contrôle des Finances publiques n'a généralement pas connu d'essor, excepté cependant la Pologne où il existe une Chambre de contrôle qui est directement responsable devant la Diète et est indépendante de l'Exécutif; elle a pour objet de contrôler les activités des organismes de l'État en ce qui concerne leur légalité, leurs inversions et leur économie. Cette entité présente ses observations chaque année à la Diète en relation avec l'exécution du budget et du plan national d'économie⁵⁵⁷ en incluant dans ce dernier domaine les activités développées conformément à celui-ci par les entreprises de l'État.

4. Le contrôle réalisé par des groupements d'intérêts de la collectivité

110. Ainsi que l'a défini J. Rivero, la nationalisation est l'opération par laquelle la propriété d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises est transférée à la collectivité afin de les soustraire, dans l'intérêt général, à la direction capitaliste⁵⁵⁸. Donc, il s'agit en principe d'une opération dont l'objet est de substituer la direction capitaliste de l'entreprise par une direction sociale de la collectivité et non directement de l'État. Ainsi le terme de nationalisation doit être identifié avec celui de socialisation, entendue comme telle, selon M. García Pelayo, la gestion des entreprises par des groupes de catégories intéressées dans la production: représentants des ouvriers et des techniciens, des consommateurs et de l'État⁵⁵⁹. La présence de ce dernier est nécessaire ajoute García Pelayo, non seulement en sa qualité de représentant des intérêts généraux de la société, mais aussi du fait que toute socialisation doit reposer sur un plan économique général dont la surveillance

555 V. Albert S. ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 141.

556 V. A. S. ABEL, «La corporación pública en los Estados Unidos», *loc. cit.*, p. 141; Cf. J. N. HAZARD, *Rapport des Etats-Unis*, p. 6.

557 V. Informe General al 12º Congreso Internacional de Ciencias Administrativas (Vienne, 16-20 juillet 1962) sur le sujet *Organización gubernamental para el desarrollo económico*, *cit.*, p. 78.

558 V. J. RIVERO, «Le régime des nationalisations», (Extrait du *Juris-Classeur Civil-Annexes*) *cit.*, (28 cahier), p. 1.

559 V. M. GARCÍA PELAYO, «Sobre los presupuestos y consecuencias de la socialización», *RAP*, n° 3, 1950, p. 14.

revient normalement à l'Etat. La socialisation suppose donc la propriété collective, la gestion combinée, l'autonomie et non l'indépendance en ce qui concerne l'Etat⁵⁶⁰.

Cette idée va accompagner à un degré plus ou moins grand, quelques-uns des processus importants de nationalisation, tant dans les pays occidentaux que dans les pays de l'Est européen, et va permettre l'ingérence de certains groupes de la collectivité intéressés dans la gestion et le contrôle des entreprises publiques; cependant il faut dire que la plupart des nationalisations ne subissent qu'un contrôle public et ignorent le contrôle direct du consommateur bien qu'en définitive celui-ci supporte les conséquences du mauvais fonctionnement des entreprises, soit parce que leurs produits ne lui parviennent pas à temps, soit parce qu'ils sont de mauvaise qualité ou trop coûteux⁵⁶¹.

111. En effet, en France, le programme établi sous l'occupation le 15 mars 1944, par le Conseil national de la Résistance comprenant dix-sept membres représentant les mouvements de résistance, les organisations ouvrières et les partis politiques, demandait «l'instauration d'une véritable démocratie économique et sociale, impliquant l'éviction des grandes féodalités économiques et financières de la direction de l'économie» et le «retour à la nation des grands moyens de production monopolisés, fruit du travail commun, des sources d'énergie, des richesses du sous-sol, des compagnies d'assurances et des grandes banques». De même à Alger, devant l'Assemblée consultative, le 25 juillet 1946, le général de Gaulle annonçait «la nécessité de mettre, avant qu'il ne soit trop tard, à la disposition de la Nation, la direction et l'exploitation des grandes sources de la richesse commune et de suspendre le jeu de ces vastes conjonctions et combinaisons d'intérêts qui n'ont que trop pesé sur l'Etat et sur les citoyens»⁵⁶². Suivant cette même orientation, dans l'alinéa 9 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 il est signalé que «tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité», norme qui est toujours en vigueur en vertu de la Constitution française de 1958.

Or, cette orientation constitutionnelle reposait sur l'idée selon laquelle les entreprises monopolisées ou qui présentaient les caractéristiques d'un service public, devaient être soustraites à la direction capitaliste, mais cependant ne devaient pas être laissées à la gestion de l'Etat. En effet, étant donné que l'Etat personnifie la Nation laquelle est considérée comme une somme d'individus semblables, anonymes, l'entreprise va être considérée alors comme une personnification de la Nation concrète, réelle, de la Nation qui travaille, de la Nation qui consomme. C'est la raison pour laquelle l'Etat -représentation impersonnelle de la Nation, selon J. J. Rousseau-, ne doit pas réaliser la gestion des entreprises et celle-ci doit revenir aux producteurs et aux consommateurs. Mais ces forces sociales ne seront pas considérées comme des sommes d'individus pour le choix de leurs représentants, mais comme des ensembles organisés. Ce n'est pas de la volonté des individus

560 V. N. GARCÍA PELAYO, «Sobre los presupuestos y consecuencias de la socialización», *loc. cit.*, p. 14.

561 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 384.

562 V. Suzanne BASTID, «Les nationalisations et la propriété privée», in *Etudes de Droit Contemporain*, Paris 1959, Vol. IV, p. 100.

travailleurs ou consommateurs que résultera le choix de la direction des entreprises nationalisées, mais des organisations représentatives. Les membres des conseils d'administration des entreprises publiques seront donc désignés par les organisations les plus représentatives et non élus par les travailleurs. Les syndicats professionnels, les organismes des consommateurs, désigneront eux-mêmes leurs représentants, en nombre égal dans les conseils d'administration⁵⁶³.

Ainsi se constituera l'idée en France, de la gestion tripartite des entreprises publiques qui fut appliquée dans toutes les entreprises nationalisées après la libération: Charbonnages de France, Electricité de France, Gaz de France, les banques, les assurances, la Régie Nationale des Usines Renault, etc.⁵⁶⁴. Comme mesure de socialisation, le système de représentation des intérêts de la collectivité dans les entreprises publiques françaises possède des caractéristiques particulières que l'on ne rencontre pas, dans d'autres pays puisque la représentation a lieu au sein même de l'Organisation de l'entreprise. En ce sens, M. Robin a signalé que, ni les *Publics Corporations* anglaises, américaines et des pays du Commonwealth, ni l'*Öffentliche Anstalt*, la société d'économie mixte ou le *Sondervermögen* allemand, ni les offices et instituts italiens, ni les entreprises soviétiques, ne connaissent rien d'approchant de cette représentation des intérêts. Certes, toutes ces entreprises connaissent bien la nécessité de concilier certains intérêts opposés. Elles ont même organisé souvent une représentation des intérêts, mais cette représentation est à l'extérieur de l'entreprise et ne fait pas partie de leur organisation⁵⁶⁵.

En tout cas, la gestion tripartite des entreprises publiques en France a été sévèrement critiquée car les incessants conflits d'intérêts qui naissent dans les conseils d'administration s'opposent à l'harmonie qui doit indispensablement y régner⁵⁶⁶. C'est ainsi que M. Robin a dit que la gestion de ces conseils était catastrophique⁵⁶⁷ et que la Commission de vérification des comptes des entreprises a formulé le vœu que «soit amélioré la composition des conseils d'administration en renonçant à la formule strictement tripartite de répartition des sièges entre les représentants de l'Etat, des utilisateurs et du personnel» et celui de voir «la nomination d'un plus grand nombre d'Administrateurs représentant l'Etat ou choisis seulement en raison de leur compétence générale»⁵⁶⁸.

563 Cf. Maurice ROBIN, «Essai sur la représentation des intérêts dans l'organisation des entreprises publiques», *RDV*, 1957, n° 5, pp. 834 et ss.; R. DRAGO, *Rapport français*, p. 8; D. DU PONT, *L'Etat industriel*, cit., pp. 86 et ss.

564 Cf. M. ROBIN, «Essai sur la représentation des intérêts ... », *loc. cit.*, p. 836; A. DELION, *L'Etat et les entreprises publiques*, cit., p. 151.

565 Cf. M. ROBIN, «Essai sur la représentation des intérêts ... », *loc. cit.* p. 831.

566 Cf. R. DRAGO, «The Public Corporation in France», in W. FRIEDMAN (ed., *The Public Corporation, a Comparative Symposium*, cit., p. 108 et ss.; cit. par G. LANGROD, «L'entreprise publique ...» *loc. cit.*, p. 225; T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, «Notas para uno de los problemas actuales de la empresa pública », *loc. cit.*, p. 119.

567 V. M. ROBIN, «Essai sur la représentation des intérêts... », *loc. cit.*, p. 838.

568 V. en A. G. DELION, *L'Etat et les entreprises publiques*, cit., p. 154.

112. Suivant l'orientation générale du droit comparé au Vénézuéla, les groupes d'intérêts de la communauté n'avaient pas de représentation au sein des entreprises publiques. Récemment, cependant, une loi sur la représentation des travailleurs dans les instituts, organismes de développement économique et entreprises de l'Etat⁵⁶⁹ a été votée, ce qui établit définitivement une représentation ouvrière dans toutes les entreprises publiques.

En tout cas, cette récente loi vénézuélienne sur la représentation des travailleurs dans les instituts, organismes de développement économique et entreprises d'Etat, ne prévoit pas la représentation paritaire des ouvriers; l'article 7 établit que: «Dans la direction, les conseils de direction ou d'administration des Instituts autonomes, organismes de développement économique et entreprises d'Etat, dans lesquels l'Etat possède la totalité ou la majorité des actions, il y aura une représentation des travailleurs organisés». Il faut signaler que les prévisions de cette loi incluent, non seulement les établissements ou entreprises existant au moment de son entrée en vigueur, mais aussi ceux qui seront créés par la suite pour la réalisation d'activités économiques et sociales, la loi qui les organise devant prévoir ce qui convient à ce sujet⁵⁷⁰.

De plus, la représentation des travailleurs que prévoit la loi, sera exercée par la confédération, la fédération ou le syndicat le plus qualifié ou de majeure importance dans la branche industrielle correspondante et, en cas de doute sur le choix de l'organisme qui doit l'exercer, le Ministère du Travail établira, par résolution spéciale, à quelle confédération ou fédération, ou à quel syndicat revient cette représentation⁵⁷¹. Aux fins de désignation du représentant des travailleurs, l'organe exécutif duquel dépend l'Institut, sollicitera par l'intermédiaire du Ministère du Travail de la confédération, fédération ou du syndicat correspondants, une liste de cinq citoyens, vénézuéliens de naissance ou par naturalisation et majeurs; parmi ceux-ci seront désignés un principal et un suppléant. Ladite liste pourra être formée par des travailleurs ou autres personnes aptes qui jouissent de la confiance des respectifs organismes syndicaux⁵⁷². En tout cas, la loi donne faculté au chef de l'Etat pour exiger la présentation d'une nouvelle liste, quand il lui semble que la première ne réunit pas toutes les conditions demandées par cette loi.

Le représentant des travailleurs désigné fera partie de l'organe de direction dans les mêmes conditions que les autres membres de cet organisme⁵⁷³.

569 Parue au *Journal Officiel de la République du Vénézuéla*, n° spécial 1032 du 18 juillet 1966.

570 Article 7 de la loi.

571 Article 2 de la loi.

572 Article 3 de la loi. En accord avec le 2ème paragraphe de cet article 3, l'organe exécutif disposera d'un délai maximum de trois mois pour solliciter ces listes et, la désignation du représentant se fera dans un délai de 30 jours à partir de la date de réception de la liste correspondante. Bien que la loi ne mentionne pas quand commence le délai de trois mois, il est supposé que c'est à partir de la promulgation de celle-ci, étant donné le délai total de 6 mois auquel se réfèrent les articles 6, 10 et 11.

573 Article 5 de la loi.

Il faut indiquer, enfin que la loi ne fixe pas de délai quant à la durée des fonctions du représentant des travailleurs. Cependant, elle signale qu'en cas de changement total ou en partie de la direction, des conseils de direction ou d'administration des établissements publics et entreprises dans lesquels existe une représentation des travailleurs, il devra être procédé au changement du représentant⁵⁷⁴.

113. En Angleterre, bien qu'il n'existe pas de représentation des intéressés au sein des *Public Corporations* telle qu'elle existait dans la *Port of London Authority*, il a cependant été créé des commissions conseillères des consommateurs dont le but est de conseiller, rédiger des plans généraux, présenter des réclamations, des propositions et remettre un mémoire annuel au Parlement, pour défendre les intérêts des consommateurs et renforcer le contrôle sur ces *Corporations*⁵⁷⁵. Cette forme de représentation n'affecte pas, comme en France, la gestion de la *Corporation*; elle permet au contraire un contrôle direct du consommateur, assez satisfaisant en comparaison avec d'autres pays⁵⁷⁶, bien que les comptes-rendus de ces comités ou commissions conseillères n'aient pas de force obligatoire pour la *Corporation* et qu'elles soient dépourvues de personnalité juridique⁵⁷⁷.

Par exemple, dans l'industrie du charbon, il existe un comité des utilisateurs de charbon dans l'industrie et un comité des utilisateurs de charbon dans l'usage domestique, composés tous deux par des représentants des utilisateurs et du *National Coal Board*, nommés par le Ministre de l'énergie et des combustibles. Ils conseillent le Ministre en ce qui concerne les questions relatives à l'approvisionnement en charbon et combustibles et celui-ci peut en conséquence prendre les mesures qu'il juge nécessaires et plus particulièrement peut donner au conseil d'administration respectif les instructions indispensables pour remédier aux défauts existants. Chaque comité possède son personnel propre et présente une information annuelle au Parlement. Le *Central Transport Consultative Committee* et les comités consultatifs régionaux des usagers du transport, l'*Air Transport Advisory Council* et les douze comités consultatifs régionaux de l'électricité et ceux du gaz ont des fonctions semblables. Chaque conseil de l'électricité et du gaz est dans l'obligation légale d'informer le comité régional de ses projets et dispositions et celui-ci, pour sa part, peut envoyer au conseil des représentations à cet effet⁵⁷⁸.

En tout cas, l'opinion unanime en ce qui concerne ces comités consultatifs est que ceux-ci ont réalisé leur mission en forme très restreinte et les résultats sont loin

574 Article 9 de la loi. Le dit article mentionne, en réalité, qu'il faut *désigner* la représentation travailliste. Nous comprenons, cependant, que la véritable intention est de *renouveler* la représentation en question, comme le signalait le projet original.

575 Cf. L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 392.

576 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 385.

577 Cf. L. LÓPEZ RODÓ, «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra», *loc. cit.*, p. 392; M. ROBIN, «Essai sur la représentation des intérêts ... », *loc. cit.*, p. 839.

578 Cf. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña» *loc. cit.*, p. 127; W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada... cit.*, pp. 237 et ss.

d'être ceux qui étaient attendus. Ceci peut être attribué entre autres au fait que la plupart des utilisateurs ignorent leur existence⁵⁷⁹.

Par ailleurs, non seulement les consommateurs peuvent exercer un contrôle sur les *Public Corporations* en Angleterre, mais aussi, dans une certaine mesure, les ouvriers. En effet, à côté des *Boards* les travailleurs sont également représentés⁵⁸⁰ et il a ainsi été établie la méthode de délibération conjointe (*Joint Consultation*) entre la Direction et les ouvriers, conformément au mandat légal de créer des organismes pour la discussion sur des sujets d'intérêt commun, y compris sur l'efficacité du service de la *Corporation* et sur la sécurité, salubrité, et le bien-être des employés. Dans l'industrie minière par exemple, il existe un comité consultatif dans la plupart des mines, ainsi qu'un *National Consultative Committee* présidé par le Président du *National Coal Board*⁵⁸¹.

114. Contrairement à ce qui s'est produit au cours des grands processus de nationalisation en Europe occidentale (France, Angleterre) où il a été prévu, d'une façon ou d'une autre, la représentation de groupes intéressés dans les entreprises nationalisées avec possibilité d'exercer un certain contrôle sur celles-ci, en URSS et dans les pays d'Europe orientale, les lois de nationalisation ne prévoient pas la participation de l'utilisateur dans l'organisation des entreprises de l'Etat. Cependant, signale Katzarov, dans un système socialiste, le contrôle administratif et hiérarchique est total et c'est ainsi que s'exerce le contrôle de l'utilisateur; du fait que dans un régime de nationalisation totale l'intérêt particulier du producteur est éliminé, l'on espère et l'on suppose que l'entreprise de l'Etat n'a aucun intérêt à porter préjudice au consommateur⁵⁸².

Quant à la possibilité, pour les ouvriers, d'intervenir dans le contrôle de l'activité de l'entreprise, si effectivement dans les pays socialistes, les lois de nationalisation ne l'envisagent pas⁵⁸³, il faut pourtant souligner l'exemple de la Pologne, où le personnel des entreprises de l'Etat a le droit de participer directement à la gestion de l'entreprise. En effet, comme nous l'avons vu⁵⁸⁴, les organes de l'autogestion ouvrière fonctionnent en vertu de la loi et ses tâches consistent notamment à décider dans les affaires les plus importantes concernant l'entreprise, à exercer le contrôle et la surveillance sur l'activité du directeur de l'entreprise et à organiser la réalisation de tâches économiques et socioculturelles⁵⁸⁵.

De cette façon, l'autogestion ouvrière est une des formes du développement de la démocratie socialiste. Elle constitue une base pour coordonner l'activité des

579 Cf. W. A. ROBSON, *Industria nacionalizada ... cit.*, p. 250; M. ROBIN, «Essai sur la représentation des intérêts dans l'organisation des entreprises publiques», *loc. cit.*, p. 839.

580 Cf. ROBIN, «Essai sur la représentation des intérêts ... » *loc. cit.*, p. 840.

581 Cf. W. A. ROBSON, «La *Public Corporation* en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 128.

582 V. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 384.

583 Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, p. 388.

584 V. n° 66.

585 Cf. Z. RYBICKI, *Rapport polonais*, p. 12.

différentes organisations ouvrières qui fonctionnent à l'intérieur de l'entreprise. Les organes de l'autogestion représentent les intérêts du personnel en matière de production et en matière sociale. L'organe suprême de l'autogestion est, d'après la loi en vigueur, «la conférence de l'autogestion ouvrière», composée par des membres du conseil ouvrier, élus directement par le personnel, des membres du conseil, d'établissement, élus par les travailleurs appartenant aux syndicats, et des membres du comité exécutif de l'organisation du parti. D'autre part, sont de la compétence de la conférence de l'autogestion ouvrière, la direction et la coordination de l'activité d'autres organes de l'autogestion ouvrière (conseil ouvrier de l'entreprise), les décisions dans les affaires essentielles de l'entreprise, et principalement le contrôle et la surveillance exercés par rapport à la direction de l'entreprise et des autres organes de l'autogestion ouvrière⁵⁸⁶.

En URSS par ailleurs, l'on peut souligner le contrôle exercé par le comité syndical de la respective entreprise, lequel s'applique conformément à l'accord collectif de travail et qui a pour objet de surveiller les dépenses du «fonds du directeur», l'application correcte de l'échelon des salaires et les dispositions du Code du travail qui touchent au bien-être des ouvriers, les conditions sanitaires et la sécurité technique. Ce contrôle est effectué par des «inspecteurs publics», élus par les organisations syndicales, bien que celles-ci se réunissent régulièrement en «conférences de production», au cours desquelles sont exposés les projets à exécuter et sont dénoncées les possibles irrégularités commises par l'administration de l'entreprise⁵⁸⁷.

Il faut souligner enfin que par le mécanisme de l'auto gouvernement des producteurs, établi en Yougoslavie⁵⁸⁸, la gestion de l'entreprise se trouvant matériellement aux mains des ouvriers et des employés, ceux-ci peuvent, par l'intermédiaire des conseils ouvriers, exercer conjointement avec la gestion, le contrôle respectif⁵⁸⁹.

CONCLUSIONS

115. Après l'analyse comparative sur le régime des activités industrielles et commerciales réalisées par les pouvoirs publics, nous pouvons signaler les conclusions suivantes

A. L'intervention de l'Etat dans la vie économique au moyen de la création d'entreprises publiques, non seulement dans les régimes d'économie planifiée mais aussi dans les régimes de structures capitalistes et parmi ceux-ci tant ceux qui sont en voie de développement que ceux qui sont hautement industrialisés, est un fait généralisé en droit comparé.

586 Cf. Z. RYBICKI, «L'entreprise publique dans le système polonais de l'économie planifiée», *loc. cit.*, pp. 318 et 319.

587 Cf. R. FERNÁNDEZ CARVAJAL, «Las empresas públicas en Rusia», *loc. cit.*, p. 455; A. DENISOV et M. KIRICHENKO, *Derecho constitucional soviético, cit.*, p. 105.

588 V. n° 72.

589 Cf. Jovan DJORDJERICH, *Yugoslavia, democracia socialista, cit.*, p. 67.

B. Cette nouvelle réalité de l'activité économique de l'Etat n'entre, juridiquement parlant, dans le cadre d'aucune des catégories habituelles des formes de l'activité administrative (police, aide de l'administration aux activités privées et service public). Donc, plutôt que de déformer l'une d'entre elles en essayant d'y faire figurer l'activité économique de l'Etat ou abandonner sa considération en faveur du dénommé droit économique, il serait préférable de l'admettre en tant que telle comme une quatrième forme de l'activité administrative, celle de la *gestión económica*, ainsi que l'a proposé spécifiquement la doctrine espagnole (Villar Palasí, García de Enterría).

C. Si le régime des activités industrielles et commerciales de l'Etat, est effectivement variable du point de vue interne quant aux possibilités d'application du droit public et du droit privé, il présente la caractéristique commune d'être régi, presque exclusivement en ce qui concerne son aspect externe, par les normes du droit privé.

D. Bien qu'en général, la possibilité de variation des formes juridiques utilisées par l'Etat pour développer son activité économique soit évidente, il serait recommandable que les divers systèmes juridiques prévoient une réorganisation des dites formes en pensant peut-être à la possibilité d'en adopter une unique pour la réalisation de ces activités, ni entièrement publique, ni totalement privée, et ne gardent les formes publiques (établissement public) que pour la réalisation d'activité de service public *strictu sensu*.

Dans ce sens les *Public Corporations* britanniques et les entreprises d'Etat des pays socialistes paumaient servir de modèle après y avoir apporté les corrections nécessaires.

E. De même, il faut réorganiser les nombreux et trop dispersés mécanismes de contrôle qui ont été institués plutôt pour remédier à une situation juridiquement nouvelle et même anormale, que pour créer un moyen effectif permettant d'établir un contrôle véritable de la part de l'Etat et selon le cas, de la part des groupes d'intérêts de la collectivité. Actuellement, il n'est pas exagéré d'affirmer comme le fait R. Drago, que si tous les mécanismes de contrôle prévus par les différents systèmes étaient réellement appliqués, l'activité des entreprises publiques serait totalement paralysée.

§ 2. LES LIMITES A LA LIBERTE DE INFORMATION EN DROIT COMPARÉ

(PRESSE, RADIO, CINÉMA, TÉLÉVISION)

**Rapport general au *VIII^{EME}* Congrès
international de droit comparé, Academie
international de droit comparé, Pescara,
août-septembre 1970**

INTRODUCTION

1. Le domaine d'étude des droits de l'homme est, sans doute, l'un de ceux qui se prêtent le mieux à l'application de la méthode comparative. D'ailleurs, comme l'a signalé René Cassin¹, il ne s'agit pas, dans ce domaine, d'une simple convenance d'utiliser la dite méthode pour les avantages qu'elle offre; mais d'une nécessité, vue la perméabilité aux grands courants d'idées qu'ont eu les déclarations universelles, régionales et nationales des droits de l'homme.

De ce fait, on est surpris, qu'à travers des siècles, et bien avant la découverte du télégraphe, du cinéma, de la radio et de la télévision, que le terrain des droits humains se soit tellement universalisé, justement, à cause de la liberté d'information et de la libre circulation des idées. On peut dire alors, que cette universalisation des droits de l'homme est due précisément à l'un de ces mêmes droits: celui de la liberté d'information.

1 René CASSIN, «Los derechos del hombre y el método comparado», *Información jurídica* (Ministerio de Justicia), n° 298, Madrid 1968, pp. 77 et ss.

De là, l'intérêt particulier qu'offre dans le monde actuel l'étude comparative de la liberté d'information, à travers tous ses moyens importants (presse, radio, cinéma et télévision) et particulièrement, des limitations à l'exercice de ces droits; limitations qui acquièrent aujourd'hui plus d'importance que jamais, dû au progrès croissant des divers moyens de communication et à la formidable influence immédiate que ceux-ci ont acquis et qu'ils acquerront dans l'avenir le plus proche, dans des proportions, que seules, une intelligence et une imagination entièrement projetées vers l'avenir, seront capables de concevoir.

2. Mais, bien que celui-ci soit un des champs les plus propices à l'étude comparative -en particulier dans le domaine des limitations à la liberté d'information, où doivent être contrastés entre l'universalité du droit et ses limitations et le particularisme des institutions nationales-, pour la préparation de ce Rapport général, nous n'avons reçu que les cinq rapports nationaux² suivants, indiqués par ordre alphabétique des pays:

Belgique: J. de Meyer, Professeur de l'Université de Louvain, *Rapport sur les limites à la liberté d'information* (presse, radio, cinéma, télévision) en droit belge, 18 pp. (dactylographiés).

Etats-Unis: Ch. Aikin, Professeur de l'Université de Californie, Berkeley, *Freedom, Liberty and Privacy in Modern Society: Speech, Press, Radio, and T.V., Religion and Censor*, 37 pp. (dactylographiés).

France: Ch. Debbasch, Professeur à la Faculté d'Aix-en-Provence, *Les limites à la liberté d'information*, 26 pp. (dactylographiés).

Pays-Bas: P.J. Boukema, Chargé des Recherches en *Vrije Universiteit*, Amsterdam, *The Limits of Freedom of Information in the Netherlands*, 12 pp. (dactylographiés).

Yougoslavie: Dr. Vida Čok, Collaborateur scientifique supérieur à l'Institut de Droit Comparé, Belgrade, *Les limites à la liberté d'information* (presse, radio, cinéma, télévision), 17 pp. (dactylographiés).

Il faut y ajouter nos propres recherches effectuées en droit vénézuélien et de l'Amérique latine en général.

Bien que l'information reçue soit d'un volume réduit, nous devons souligner la haute qualité du contenu des rapports, dont la plupart ont suivi, en termes généraux, le schéma que nous avons préparé selon la demande de l'Académie. Ceci nous a grandement facilité le travail comparatif.

Par ailleurs, nous devons indiquer que les rapports, par hasard, répondent à une distribution géographique adéquate, ce qui nous a permis de comparer le droit continental (France, Belgique et Pays-Bas), le droit anglo-saxon (États-Unis), le

2 Dans les notes suivantes les références aux rapports Nationaux se feront seulement par l'indication du pays, suivie du numéro de la page. Quant au Statut sur la liberté de presse du Pérou et à la Loi de presse de l'Espagne, on les indiquera par le nom seulement, suivies du numéro de l'article.

droit des pays socialistes (Yougoslavie) et le droit des pays de l'Amérique latine (Vénézuéla et Pérou).

3. S'il est vrai que l'expression liberté d'information est un concept nouveau et encore en élaboration, il vient en réalité, représenter la réunion des principes traditionnels de liberté de pensée, liberté d'opinion et liberté d'expression, appliqués aux moyens modernes de communication. Pour cela, il est évident qu'à la base de la liberté d'information actuelle, se trouve la liberté de presse traditionnelle. De là, la convenance de rappeler, avant tout, ces principes traditionnels, qui ont été la source de la liberté de presse.

Parmi les premiers textes constitutionnels ayant consacré la liberté de presse se trouve la Constitution des Etats-Unis dont le Premier Amendement, adopté en 1791, établit que «le Congrès ne pourra approuver... aucune loi qui restreigne le droit de parole et de presse ...». Quelques années auparavant, la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans son Article 11 établit le principe comme suit:

Article 11: La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

Ces deux références suffisent à conclure que la liberté ainsi consacrée, étant fondée sur la libéralisme et l'individualisme traditionnels, est essentiellement établie face à l'Etat, donc essentiellement négative³. Il s'ensuit, que la même évolution subie par les droits de l'homme et les libertés individuelles dans les deux derniers siècles, avec l'atténuation du libéralisme traditionnel, a répercuté aussi sur la réglementation actuelle de la liberté d'information. Cette évolution non seulement tire son origine du changement, même de contenu, d'une démocratie formelle vers une démocratie sociale, mais encore elle répond aux changements techniques, économiques et sociaux qui ont influé, sous forme spéciale, sur l'exercice de la liberté d'information.

De ce fait, la liberté de presse de 1789 n'a pas et ne peut pas avoir le même contenu que la liberté d'information actuelle, non seulement parce que la presse d'aujourd'hui, avec son progrès technique et basée comme elle l'est sur le grand capital, ne ressemble ni de loin à celle de jadis, mais encore parce que l'apparition d'autres moyens de communication a révolutionné totalement les perspectives et les responsabilités de l'information.

Jour après jour, on s'aperçoit encore de ce que la liberté d'information est de moins en moins un droit de l'homme et du citoyen et de ce qu'elle devient un monopole détenu par quelques particuliers nantis de pouvoir économique, ou par des gouvernants nantis du pouvoir politique.

C'est pour cela que maintenant le problème consiste à exiger de la liberté d'information qu'elle remplisse une fonction sociale, et à empêcher que son exercice, par un groupe réduit, n'aboutisse à une négation du droit de tous à l'information.

3 *Belgique*, p. 16; *Pays-Bas*, p. 4.

La conception classique de la liberté d'expression contre l'Etat tend alors à évoluer vers une «liberté contre la presse» pour compléter cette notion⁴. Il est donc nécessaire tenir compte, comme l'a remarqué Salvador P. López, que «le droit d'un homme à communiquer l'information est dépourvu de sens en soi, s'il n'est en relation avec le droit des autres de recevoir cette information»⁵. C'est à cause de cela que le «projet de convention sur la liberté d'information» figurant au programme de l'Assemblée Générale des Nations Unies depuis sa quatorzième période de sessions, règle en premier lieu l'obligation des Etats contractants de «respecter et protéger le droit de toute personne d'avoir à sa disposition diverses sources d'information»⁶.

Dans ce sens, il faut détacher la norme de la Constitution Yougoslave qui non seulement consacre le droit des citoyens «d'exprimer et de publier leurs opinions par les moyens d'information», mais aussi le droit de «profiter des moyens d'information pour s'informer»⁷.

De même, il faut souligner que c'est en vertu de cette tendance à éviter les abus de la liberté d'information que dans le «Projet de déclaration sur la liberté d'information» approuvé par le Conseil Economique et Social des Nations Unies dans sa vingt-neuvième période de sessions et soumis à l'Assemblée générale pour être examiné, exprime dans son Article 3° ce qui suit:

Article 3. Les moyens d'information doivent être au service du peuple. Aucun gouvernement, organe ou groupe d'intérêts publics ou privés ne devra exercer sur les moyens destinés à diffuser l'information un contrôle tel, qu'il empêche l'existence de sources diverses d'information, ou prive l'individu du libre accès à ces sources. Le développement des moyens d'information nationaux indépendants devra être stimulé⁸.

4. Or, d'une façon générale, tant les conventions internationales que les constitutions modernes, en consacrant la liberté d'information, reconnaissent que celle-ci n'est pas illimitée, étant soumise à une série de devoirs et responsabilités.

Dans la sphère des déclarations internationales, il faut remarquer que si, la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 ne consacre aucune limitation particulière à l'exercice de cette liberté⁹, en revanche, le Pacte International

4 Roger PINTO, *La liberté d'opinion et d'information*, Paris 1955, p. 41; Ángel BENITO, «La libertad de información», *Nuestro Tiempo*, n° 135, Pamplona 1965, p. 236.

5 Salvador LÓPEZ, *Libertad de información 1953*, Documento E/ 2426 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Suplemento n° 12, 16° Período de Sesiones, New York 1953; p. 4.

6 Documento A/7638 de 8 de agosto de 1969, del vigésimo cuarto período de Sesiones, Tema 54 del programa de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre *Libertad de Información* (Nota del Secretario General), anexo III, p. 1.

7 *Yugoslavie*, p. 2.

8 *Libertad de información*, Doc. A/7638 (ONU), anexo II, *cit.*, p. 2.

9 Article: 19: Tout individu a le droit à la liberté d'opinion et d'expression; ce droit comprend celui de ne pas être importuné en raison de ses opinions, celui de rechercher

de droits civiques et politiques des Nations Unies de 1966, établit dans son article 19, une réglementation plus précise de la liberté d'information, soumise à des restrictions et à des limitations. Cet article s'énonce comme suit:

Article 19: 1. Nul ne pourra être importuné à cause de ses opinions. 2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de chercher, recevoir et diffuser des informations et des idées de toute sorte, sans considération de frontières -soit oralement, par écrit ou sous forme imprimée ou artistique, soit par tout autre procédé a son choix. 3. L'exercice du droit prévu dans le paragraphe 2 de cet article contient des devoirs et des responsabilités spéciaux. Par conséquent, il peut être sujet à certaines restrictions qui devront néanmoins, être fixées expressément par la loi et être nécessaires pour: a) assurer le respect des droits ou de la renommée d'autrui, b) la protection de la sécurité nationale, l'ordre public ou la santé, ou la morale publique¹⁰.

D'un autre côté, en Europe, la Convention pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, règle dans son article 10 sous une forme assez détaillée, les limitations à cette liberté:

Article 10: 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence des autorités publiques et sans considération de frontières. Le présent article n'empêche pas que les Etats soumettent les entreprises de radiodiffusion, de cinématographie ou de télévision à un régime d'autorisation préalable. 2. L'exercice de ces libertés, dans la mesure où il implique des devoirs et des responsabilités, peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, pour la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sécurité publique, la défense de l'ordre ou la prévention du délit, la protection de la santé ou de la morale, la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation des informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire¹¹.

Cette même orientation de la Convention européenne se reflète dans quelques projets récents comme le projet de convention interaméricaine sur la protection des droits humains, adopté comme document de travail par le Conseil de l'Organisation des Etats Américains, dans lequel, en outre, on fait quelques références a certaines limitations dérivées du progrès technique et de la croissance économique dans les moyens de communication, ainsi qu'aux droits de rectification et de réplique. Les articles 12 et 13 de ce projet sont conçues ainsi:

et recevoir des opinions et informations et celui de les défendre sans limitations de frontières par tout moyen d'expression.

10 *Los derechos humanos*, (Estudio preliminar de Antonio TRUYOL Y SERRA), Madrid 1968, p. 89.

11 *Los derechos humanos*, cit., p. 115.

Article 12: 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée et d'expression; ce droit comprend la liberté de chercher, recevoir et diffuses des informations ou des idées de toute sorte, sans considération de frontières, soit oralement, soit par écrit, sous forme imprimée ou artistique, soit par tout autre procédé de son choix. 2. L'exercice du droit prévu au paragraphe précédent n'est point assujetti à une censure préalable mais à des responsabilités ultérieures, qui devront être expressément fixées par la loi ou être nécessaires pour assurer: a) le respect des droits ou de la réputation d'autrui ou b) la protection de la sécurité nationale, l'ordre public ou la santé ou la morale publiques. 3. On ne pourra restreindre le droit d'expression par des voies ou des moyens indirects, tels que les monopoles officiels ou particuliers de papier journal, de fréquences radioélectriques, d'instruments et appareils de diffusion, ou par tous autres moyens destinés à entraver la communication et la circulation des idées et des opinions. 4. Les spectacles publics pourront être soumis par la loi à censure préalable, dans le but exclusif d'en réglementer l'accès en vue de la protection morale de l'enfance et de l'adolescence. 5. a) Toute propagande en faveur de la guerre sera défendue par la loi. b) Toute apologie de la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, hostilité ou violence, sera défendue par la loi:

Article 13: 1. Toute personne atteinte par des informations ou des concepts inexacts ou offensants, émis en son préjudice par des moyens de diffusion qui s'adressent au public en général, a le droit d'effectuer par le même organe de diffusion sous la même forme et gratuitement, leur rectification ou leur réponse. 2. Si la publication en était niée ou retardée, l'autorité judiciaire compétente intervenant avec les garanties du procès, pourra en donner l'ordre dans les conditions établies par la loi. 3. En aucun cas, la rectification ou la réponse n'exonéreront d'autres responsabilités légales encourues¹².

Suivant la même orientation des déclarations internationales, les constitutions récentes ne se bornent pas seulement à la consécration de la liberté d'information, en consacrant différentes limitations d'une plus ou moins large étendue, et qui se réfèrent à la protection de la jeunesse (Allemagne), les bonnes mœurs (Italie) est la morale publique (Vénézuéla, Norvège); à la prohibition de l'anonymat (Vénézuéla), de la propagande de guerre (Vénézuéla), de celle qui incite à l'irrespect des lois (Norvège, Vénézuéla) et des opinions qui troublent l'ordre public (France). D'autre part, en général, on consacre dans les textes constitutionnels la prohibition de la censure préalable (Belgique, Vénézuéla, Allemagne, Italie, Argentine et Japon) et la responsabilité dérivée des délits d'information (Belgique, Vénézuéla).

Ceci dit, l'étude comparative des limitations et restrictions à la liberté d'information exercée à travers la presse, la radio; le cinéma et la télévision, montre une diversité de catégories pouvant être étudiées séparément et qui forment les chapitres suivants de ce Rapport général: les limitations portant directement sur les moyens de l'information et qui se manifestent à travers les différents contrôles préventifs de l'Etat sur l'utilisation des moyens cités (I); les limitations qui portent sur le contenu de l'information (II); et les limitations dérivées des conséquences

12 *Información jurídica*, n° 298, Madrid 1968, p. 65

civiles, pénales et administratives provenant de la liberté d'information, en particulier celles qui proviennent de l'exercice des pouvoirs de police de la part de l'Etat sur les moyens d'information (III).

I. LE CONTRÔLE DE L'ETAT SUR LES MOYENS D'INFORMATION

5. Le progrès technique et économique subi par les moyens d'information dans les dernières décennies, ainsi que l'interconnexion internationale de ceux-ci, sans cesse grandissante, ont abouti à ce que dans l'actualité et dans la pratique, ils ne peuvent être exploités que par des grandes organisations économiques. Additionnellement il faut souligner la croissante concentration des entreprises qui s'est produite dans ce domaine.

L'importance acquise par ces entreprises dans la vie politique et sociale, due à l'influence qu'elles peuvent exercer sur l'opinion et le public, a mené l'Etat à mettre en oeuvre différents mécanismes de contrôle sur ces dernières, généralement de caractère préventif, qui vont de la réserve de l'utilisation des entreprises d'information par l'Etat (monopole étatique de l'information), jusqu'à la réglementation de la création et fonctionnement des entreprises d'information, ainsi que de la collection et distribution d'informations. Nous analyserons séparément, sous forme comparative, ces trois aspects.

1. *Le monopole étatique sur l'information*

6. On peut dire qu'il existe un monopole étatique sur l'information dès que la propriété des entreprises d'information se trouve sous la main de l'Etat. C'est ce qui arrive dans presque tous les pays socialistes¹³ dans lesquels les *médias* constituent une force sociale de toute première importance pour atteindre les objectifs sociaux de l'Etat. Dans ce sens, Lenin définit la fonction de la presse à l'URSS dans les termes suivants: «un journal n'est pas seulement un propagandiste et un agitateur collectif, mais aussi un organisateur collectif»¹⁴, et des critères semblables sont en vigueur à l'égard des autres *médias*.

Dans les pays socialistes comme la Yougoslavie, le passage de la propriété étatique des moyens de production, à la propriété sociale de ces moyens s'est constitué comme un frein à la tendance monopolisatrice de l'Etat dans le domaine qui nous intéresse. Le principe, en Yougoslavie, est donc, pour l'établissement et la fonctionnement des entreprises d'information, celui de l'autogestion sociale¹⁵. C'est ainsi qu'il est dit dans un communiqué du gouvernement de Yougoslavie qu'«étant donné que les entreprises et institutions qui se dédient à publier des informations dirigent les moyens de production qui sont propriété sociale, et étant donné, que ces entreprises sont administrées par les personnes qui y travaillent et par des

13 Salvador LÓPEZ, *Libertad...* p. 35 et ss.; Hilding EEK, *Informe sobre los acontecimientos relativos a la libertad de información ocurridos desde 1954*, Documento Oficial E/3443 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Tema 10 del Programa, 31 Período de Sesiones, New York 1961, pp. 19-20.

14 Salvador LÓPEZ, *Libertad...* 35

15 *Yougoslavie*, p. 4.

représentants des communautés sociales intéressées, il ne peut y avoir en Yougoslavie, de monopoles qui possèdent ou contrôlent les moyens d'information»¹⁶.

Dans les pays occidentaux, il n'existe pas, en général, de monopole étatique sur tous les *médias*, même si, à vrai dire, certains de ces moyens fonctionnent sous le régime d'un monopole public, comme c'est le cas de la radio et de la télévision.

2. *Le régime des entreprises d'information*

A. *Le régime des sociétés de presse*

7. D'une façon générale, et du fait que la liberté d'information est liée dès son origine, à la liberté de presse, le régime de la presse et des sociétés de presse est plus libéral que ceux concernant d'autres *médias*. On peut donc dire, qu'en général, à l'égard de la presse, le principe en vigueur est celui de la libre initiative¹⁷, bien que, dans ce domaine, la réglementation de l'Etat se fasse sentir chaque jour davantage.

8. C'est pourquoi, bien que d'une manière générale, on n'exige aucune formalité préalable pour l'édition d'un journal, il n'est pas rare de trouver certains régimes qui l'exigent. En effet, si en général l'autorisation préalable de l'Etat n'est pas requise, dans certains cas, cependant, on exige la formulation d'une déclaration préalable devant les autorités, dans laquelle on indique le nom du journal et le mode de publication; le nom et le domicile du directeur de la publication; et l'entreprise d'imprimerie, comme c'est le cas en France et en Espagne¹⁸. En Yougoslavie, on exige que la déclaration soit présentée devant l'autorité chargée des affaires de l'information, au moins 15 jours avant la parution du journal. Cette déclaration doit indiquer le titre et le caractère du journal, sa période de parution, son lieu de publication, l'adresse de la rédaction, la langue dans laquelle il sera imprimé, le nom et l'adresse de l'éditeur, le nom du rédacteur responsable, les sources des moyens financiers et le mode de financement, l'adresse et le nom de l'imprimerie dans laquelle le journal sera édité¹⁹.

9. En général, dans les pays qui ont un régime légal assez détaillé concernant les activités journalistiques, et en particulier les sociétés de presse, on établit quelques limitations par rapport avec celles-ci, dérivées de l'intérêt national. Ces limitations se réfèrent fondamentalement à l'exigence de la nationalité respective pour réaliser quelques activités relatives à la presse.

Dans quelques pays, on exige des propriétaires et actionnaires des sociétés de presse qu'ils soient de la nationalité du pays, comme c'est le cas en France, en Espagne et au Pérou²⁰. Au Pérou, on exige, outre la nationalité, que les actionnaires aient leur résidence au pays²¹. Afin de contrôler l'accomplissement de cette

16 Hilding EEK, *Informe*, p. 20

17 *Pays-Bas*, p. 2; *EEUU*, p. 3, *France*, p. 2; *Belgique*, p. 7.

18 *France*, p. 3; *Espagne Loi* art. 26.

19 *Yougoslavie*, pp. 4-5

20 *France*, p. 2; *Statut Pérou*, art. 10; *Espagne Loi*, art. 17

21 *Statut Pérou*, art. 11-12

formalité, on exige que les entreprises journalistiques publient deux fois par an, au moins, dans l'espace préférentiel de leurs propres publications, la liste de leurs actionnaires, le montant de leur capital et la participation de chacun des associés, la publication devant être refaite à chaque variation dans la liste d'actionnaires²². Finalement, on interdit expressément, au Pérou, que les droits et les actions des sociétés journalistiques soient transférés à des étrangers²³.

Des limitations similaires de nationalité sont exigées en ce qui concerne les directeurs responsables des journaux, comme c'est le cas en France et au Pérou²⁴. Dans ce sens, le Projet de convention sur la liberté de l'information, en étude aux Nations Unies, prévoit que ses normes n'empêcheront pas qu'un «État contractant réserve aux titulaires de la nationalité, en vertu de la législation, le droit de diriger des quotidiens ou des journaux d'information»²⁵.

10. En outre, et en vue de déterminer les responsabilités qui puissent avoir lieu, dans les cas des réglementations légales sur les entreprises de presse, on exige que le nom du directeur de la publication soit indiqué, comme il arrive en Yougoslavie, en France et au Pérou²⁶.

11. Toutes les sociétés de presse sont dans l'obligation d'envoyer en dépôt des exemplaires de leurs publications aux bibliothèques nationales²⁷, même dans des pays où il n'existe pas de législation spéciale sur la presse, comme au Vénézuéla. Dans certains pays, outre les motifs culturels, l'obligation de dépôt répond à d'autres raisons, lorsqu'il est exigé qu'un certain nombre d'exemplaires soit remis à l'autorité locale ou au ministère correspondant à l'information²⁸; ceci de sorte que le contrôle de l'accomplissement des formalités exigées pour la publication ainsi que du contenu de l'information, soit plus rapide.

12. Concernant l'importation et la circulation de la presse étrangère, même si le cas est rare, dans certains pays on établit quelques limitations. Par exemple en Yougoslavie, l'importation de la presse étrangère imprimée dans certaines des langues du peuple yougoslave, se trouve soumise à une autorisation préalable du Secrétariat Fédérale pour l'information²⁹. Au Pérou, le Statut de Liberté de Presse, prévoit expressément qu'on peut interdire l'introduction, circulation, et vente de publications étrangères qui portent atteinte au prestige des pouvoirs de l'État, aux institutions et à l'économie nationale³⁰. En tout cas, dans la plupart des pays, en vertu des pouvoirs de police douanière, on peut prendre des mesures de contrôle qui

22 *Statut Pérou*, art. 16

23 *Statut Pérou*, art. 12

24 *France*, p. 2; *Statut Pérou*, art. 18, 20

25 *Doc A/7638*, anexo IV, art. 8

26 *Yougoslavie*, p. 4; *Statut Pérou*, art. 6; *France*, p. 3

27 *Belgique*, p. 7; *Statut Pérou*, art. 8; *France*, p. 3

28 *France*, p. 3; *Yougoslavie*, p. 5; *Espagne Loi*, art. 12

29 *Yougoslavie*, p. 8

30 *Statut Pérou*, art. 32

visent l'importation des publications étrangères quand on estime qu'elles portent atteinte aux institutions de l'Etat.

B. Le régime des entreprises de radio et télévision

13. Contrairement à ce qui s'est passé au sujet de la réglementation des entreprises de presse, le régime des entreprises de radio et de télévision a été plus interventionniste, donc, moins libéral, au point qu'on peut affirmer, que dans l'actualité, l'intervention de l'Etat n'a, en général, manqué nulle part dans la gestion des services de radiodiffusion³¹. Cette intervention va du contrôle exercé au moment de la délivrance d'une autorisation ou licence pour l'installation et opération de sociétés, généralement privées, de radio et de télévision, jusqu'au contrôle par l'Etat d'un établissement public, ou bien l'exercice d'un monopole de fait ou de droit sur la radiodiffusion.

Le régime en droit comparé montre donc, les conséquences du choix entre la concurrence et le régime de monopole en matière de radio et télévision, ce qui a dépendu évidemment des diverses positions politiques et économiques. Dans l'un et l'autre cas, on trouve des avantages et des inconvénients.

En général, on soutient que le monopole étatique permet d'éviter que ces puissants moyens de communication soient contrôlés par des groupes d'intérêts économiques qui pourraient être étrangers aux intérêts nationaux, ou bien que l'information qu'ils émettent soit déformée par les nécessités de la propagande commerciale, qui font que l'information soit orientée vers l'intérêt de ceux qui annoncent, plutôt que vers celui du public.

D'un autre côté, le monopole étatique pourrait aboutir à une restriction de la liberté d'expression. Mais la réalité a montré qu'il n'en a pas été ainsi, et nous en avons un exemple en France, où l'on a assigné à la radiodiffusion le caractère de service public.

En tout cas, il est évident que les caractéristiques de l'actuelle société de consommation, comme les progrès techniques qu'il y a eu dans ce domaine, marquent un recul dans les systèmes de monopoles, ainsi qu'une tendance à admettre le régime de concurrence, accompagné d'un fort contrôle de l'Etat.

14. En termes généraux, on peut dire, que dans la plupart des pays du monde occidental, en matière de radio et télévision, il existe un régime de concurrence entre les entreprises privées et, entre celles-ci et les services de l'Etat, même quand on exige dans tous les cas, une autorisation préalable pour l'installation, opération et utilisation des systèmes de radio et télévision; et ceci, en général, étant donné qu'on estime que l'usage de l'espace aérien, même au moyen d'ondes hertziennes, est une utilisation appartenant au domaine public, et que, par conséquent, il requiert un permis ou une licence préalable.

31 Charles DEBBASCH, *Traité du droit de la radiodiffusion. Radio et télévision*, Paris 1967, p. 17

Dans ce sens, par exemple, les entreprises de radio et télévision des Etats-Unis, du Canada, du Japon et des pays de l'Amérique du sud, dont le Vénézuéla,³² se trouvent en position de concurrence mais avec licence préalable délivrée par l'Etat.

Au sujet de ces entreprises en régime de concurrence, dans plusieurs pays on a édicté des réglementations similaires à celles qui existent dans les lois sur la presse, dans lesquelles on exige la condition de la nationalité pour leurs directeurs³³.

15. Dans certains pays, bien qu'on établisse en principe le régime de concurrence, il existe en fait un monopole, vu que l'autorisation correspondante n'est octroyée qu'à certaines entités publiques. Tel est le cas de la Belgique, où le droit d'émission à travers la radio et la télévision, est monopolisé en fait par l'Institut National de Radiodiffusion (I.N.R.-N.I.R.) jusqu'à 1960 et postérieurement, par les instituts de la Radiodiffusion-Télévision Belges (R.T.B.-B.R.T.)³⁴.

Malgré l'existence de ce monopole de fait aux mains d'un établissement public, il faut noter, qu'en Belgique, les instituts jouissent d'une grande autonomie envers le gouvernement, auquel correspond la désignation des Directeurs Généraux³⁵. Les membres des conseils d'administration respectifs sont, par contre, désignés par la Chambre des représentants et par le Sénat, alternativement³⁶.

D'autre part, il faut remarquer qu'en Belgique, il n'existe pas de monopole en ce qui concerne l'élaboration des programmes, puisque les instituts achètent fréquemment des émissions à des associations ou à des institutions reconnues. De cette manière, ils mettent le temps d'émission à la disposition d'organisations religieuses ou philosophiques, de partis politiques ou d'organisations syndicales³⁷.

16. Dans d'autres pays, comme les Pays-Bas, s'il n'existe pas de monopole de fait quand aux émissions de radio et télévision, il en existe indirectement étant donné qu'un monopole sur la construction et le fonctionnement des installations de transmission est accordé à une entreprise au capital majoritaire d'Etat³⁸. Ceci, en tout cas, n'a pas été préjudiciable à la liberté d'information, puisque la loi sur la radiodiffusion organise des espaces de transmission en faveur des entreprises destinées à cette fin, des associations religieuses, des partis politiques et des fondations publicitaires³⁹.

17. Le droit comparé, par ailleurs, montre des cas de monopoles conférés aux entreprises privées au moyen d'une concession, comme c'est le cas au Luxembourg (Radio-Télé-Luxembourg) et en Suède (*Sveriges Radio*); qui restent de toute manière soumises au contrôle de l'Etat.

32 Charles DEBBASCH, *Traité...cit.*, pp. 31-36

33 Reglamento de Radiodifusión de Venezuela, art. 14

34 *Belgique*, pp. 2, 4, 8

35 *Belgique*, pp. 5-6

36 *Belgique*, p. 5

37 *Belgique*, p. 6

38 *Pays-Bas*, p. 8

39 *Pays-Bas*, p. 9

Finalement, parmi les systèmes concernant les entreprises de radio et télévision, il faut détacher ceux qui consacrent un monopole de droit en faveur d'entreprises ou établissements publics⁴⁰. Tel est le cas de la France à travers l'Office de Radiodiffusion Télévision Française (ORTF)⁴¹; de l'Italie, à travers la *Radio Audizioni Italiana (RAI)*⁴²; et de la Suisse, à travers la Société Suisse de Radiodiffusion et Télévision (SSR)⁴³.

En France, ce monopole d'émission, aux mains d'un établissement public n'implique pas toutefois un monopole s'agissant de l'élaboration des programmes, ce qui permet à l'ORTF de faire appel à des entreprises privées dans ce but. Cependant, c'est vraiment un monopole en ce qui concerne la distribution de ses programmes et des autres programmes de composition et d'importance similaires à ceux de l'ORTF. Par ailleurs, naturellement, le monopole ne renferme pas la liberté de réception, ce qui a donné lieu à un contrôle sur les postes périphériques et une croissante participation de l'Etat dans les entreprises qui les opèrent⁴⁴. Ceci, afin d'éviter que la France se trouve entourée, à un moment donné, de stations hostiles.

Or, le monopole de droit en faveur de la ORTF est accompagné de la concession d'une grande autonomie à son conseil d'administration, composé en forme paritaire, de huit représentants de l'Etat et huit représentants des catégories intéressées de particuliers (auditeurs et téléspectateurs), de la presse et du personnel de l'établissement⁴⁵.

18. Enfin, il faut mettre en valeur le régime particulier de la Yougoslavie, où l'on attribue aux communautés socio-politiques et aux organisations de travailleurs la possibilité de fonder des établissements de radiodiffusion⁴⁶, ce qui instaure un régime différent de celui de la libre concurrence et du monopole étatique.

C. Le régime des entreprises cinématographiques

19. En ce qui concerne les entreprises cinématographiques, le principe traditionnellement en vigueur a été celui de la liberté de l'industrie et du commerce; il en a découlé, qu'en général, aucun contrôle préalable de l'Etat ne soit prévu pour la projection de films, comme c'est le cas en Belgique⁴⁷. Cependant, peu à peu, on a constaté l'élargissement des mécanismes de contrôle de l'Etat concernant la formation des entreprises et la projection de films, surtout d'origine policière. Tel est le cas de la France.

20. En effet, dans ce pays, l'action de l'Etat sur les entreprises cinématographiques s'exerce par l'intermédiaire du Centre national de la

40 Charles DEBBASCH, *Traité... cit.*, pp. 29-30

41 *France*, pp. 5-6; Charles DEBBASCH, *Traité ... cit.*, pp. 53 ss.

42 Charles DEBBASCH, *Traité... cit.*, pp. 23 ss.

43 Charles DEBBASCH, *Traité... cit.*, p. 25

44 *France*, p. 6; Charles DEBBASCH, *Traité...cit.*, p. 61

45 *France*, p. 7; Charles DEBBASCH, *Traité... cit.*, p. 62

46 *Yougoslavie*, p. 5

47 *Belgique*, p. 8

cinématographie, établissement public soumis à l'autorité du Ministre chargé de l'industrie et du commerce⁴⁸. Cet institut agit au nom de l'Etat pour la constitution des entreprises cinématographiques, vu que ces dernières ne peuvent pas exercer leur activité sans une autorisation préalable du Centre. D'un autre côté, il est aussi nécessaire qu'au préalable, l'entreprise formule une déclaration relative à l'activité qu'elle va réaliser devant l'autorité de police locale, et que dans tous les cas, les collaborateurs de l'entreprise soient pourvus d'une carte d'identité professionnelle émise par le Centre⁴⁹.

De même, avant la réalisation d'un film, l'entreprise de production doit obtenir l'autorisation de filmer, dans le but de vérifier si l'entreprise pourra effectivement mener à bien le projet; en outre, pendant la filmage, un dépôt légal est exigé dans un registre public du cinéma, ce qui a, parmi d'autres effets, celui de rendre opposable, vis-à-vis des tiers, le titre du film⁵⁰.

21. Quant à la projection des films, en plus des limitations d'ordre local qui affectent les salles de cinéma, on établit souvent quelques limitations en ce qui concerne les pourcentages de films nationaux par rapport aux étrangers⁵¹. Au sujet de l'importation de films étrangers, ceux-ci sont assujettis à l'obtention d'un visa d'exploitation qui requiert l'accord du Ministère des finances⁵². En Yougoslavie, par exemple, l'importation et l'exportation de films sont considérées comme une activité relevant du commerce extérieur, donc soumise aux formalités générales qui lui sont propres⁵³.

3. *Le régime des agences de diffusion d'information*

22. Dans le monde moderne, dans le domaine de la liberté d'information et dû à la croissante interconnection internationale des moyens, l'aspect qui a pris le plus d'importance est indubitablement celui qui concerne les agences de collection et diffusion d'information.

En effet, jour après jour, la production d'information est centralisée dans les agences, avec leurs réseaux de correspondants dans le monde entier, et plus précisément, dans les cinq fondamentales: la *Associated Press* et la *United Press* nord-américaine; la *Tais* soviétique; la *Reuter* anglaise et la «France-Presse» française, auxquelles se joignent des agences régionales et nationales. La distribution, même par pays, de ces agences, est suffisante, comme l'a fait remarquer Beneyto, «pour comprendre ce qu'il y a derrière chacune de ces entreprises»⁵⁴ et l'importance que celles-ci ont, non seulement dans la distribution et diffusion des informations, mais encore dans la déformation intéressée de cette dernière.

48 *France*, p. 3

49 *France*, p. 4

50 *France*, p. 4

51 *France*, pp. 4-5

52 *France*, p. 5

53 *Yougoslavie*, p. 7

54 Juan BENEYTO, *Ordenamiento jurídico de la información*, Madrid 1961, p. 108

L'importance de telles agences a donné lieu à un contrôle croissant de la part de l'Etat sur celles-ci et sur les correspondants à leur service.

23. S'il est vrai que, dans plusieurs pays, on n'exige à ces agences et à leurs correspondants aucune autorisation préalable pour opérer,⁵⁵ on observe la tendance à en soumettre le fonctionnement à des formalités déterminées, telles que le fait de limiter la circulation de leurs correspondants.

En France, par exemple, actuellement on exige des agences de presse qu'elles obtiennent une autorisation préalable délivrée par le Ministre chargé de l'information, et pour leur fonctionnement, on leur exige certaines conditions réquisitoires relatives à la responsabilité du directeur et à l'interdiction de recevoir des fonds des gouvernements ou de groupes étrangères⁵⁶. Dans d'autres pays, comme la Yougoslavie, on exige que les agences correspondantes étrangères soient accréditées devant le Secrétariat Fédéral de l'Information⁵⁷.

Par ailleurs, pour des raisons d'urgence international ou d'ordre politique, il est fréquent de constater la limitation de l'introduction et de la libre circulation des correspondants étrangers dans certains pays, même quand cela obéit à des circonstances changeantes. En tout cas, ces limitations visent directement les entreprises de communication, puisque les informations mondiales diffusées par les agences internationales sont en principe recueillies par leurs correspondants.

24. On doit signaler, en outre, que la tendance des Etats à participer économiquement aux agences de presse a été fréquente. En France, par exemple, l'agence France-Presse a été créée à partir de 1945 comme entreprise d'économie mixte dans laquelle l'Etat dispose de la majorité du capital social, ayant pour objet la recherche d'éléments d'information complète et objective tant en France qu'à l'étranger, et mettre à la disposition des usagers cette information. L'agence, de cette manière, doit agir avec complète indépendance, sans être soumise aux pressions d'aucun groupe, politique ou économique⁵⁸.

II. LES LIMITATIONS AU CONTENU DE L'INFORMATION

25. Parmi les limitations de la liberté d'information, il est évident que celles qui ont le plus d'importance sont celles qui touchent au contenu de l'information et qui impliquent une action régulatrice de l'Etat, généralement dispersée dans différentes lois spéciales. Ces limitations découlent de la nécessité d'assurer la véracité des informations; du besoin de limiter et d'interdire des informations qui puissent porter atteinte à la sécurité nationale, à l'ordre public, à l'ordre judiciaire et aux droits de la personnalité ou qui puissent s'avérer diffamatoires.

Nous analyserons ces trois catégories de limitations à la lumière du droit comparé.

55 *Belgique*, p. 8

56 *France*, pp. 8-9; *Espagne Loi*, art. 43

57 *Yougoslavie*, p. 7; *Espagne*, p. 56

58 *France*, p. 9

1. *La véracité de l'information. Les fausses nouvelles*

26. On peut considérer comme générale la tendance à la consécration de normes internationales et nationales ayant pour objet la garantie de l'exactitude des informations et de prévenir leur déformation. Cependant, l'application de ces normes résulte toujours problématique en raison des difficultés qui existent pour faire la distinction précise entre l'exposition des faits et les opinions⁵⁹, selon l'orientation initiée par la Loi française de 1881. De plus, il faut reconnaître, devant les sanctions à appliquer, que celles-ci doivent être infligées avec restriction, vu que, souvent, il est difficile de vérifier la véracité d'une information en considérant la hâte qu'exigent aujourd'hui les moyens modernes de communication; et, si cela est difficile avec la presse, par exemple, -étant donné l'urgence qui existe toujours de faire paraître le journal à l'heure prévue-, cela l'est bien d'avantage avec la radio et la télévision, où les informations se succèdent plus rapidement et d'une façon instantanée. C'est ainsi qu'on a signalé pour les postes émetteurs de radio et télévision, que ceux-ci ont le droit de rendre compte, sans que leur responsabilité soit compromise, de tous les faits publics, même quand la présentation de ces faits puisse incommoder des intérêts privés⁶⁰. De là, que quelques systèmes exigent des postes émetteurs de radio que leurs émissions soient données dans un «rigoureux esprit d'objectivité» comme c'est le cas en Belgique⁶¹.

27. Les réglementations en vue de prévenir les fausses nouvelles peuvent être de différentes sortes. Parmi elles, il faut détacher celles qui tendent à exiger l'identification précise de ceux qui annoncent et remettent des informations, comme c'est le cas au Pérou. Le Statut de liberté de presse de ce pays exige que «La publicité sur les questions d'intérêt public et les lettres publiques, quelque soit leur contenu, devront spécifier le nom et l'adresse de celui qui annonce ou remet, dont l'authenticité devra être prouvée, par l'exhibition d'un instrument d'identification digne de foi, sous la responsabilité de directeur»⁶². C'est dans ce sens que par exemple, au Vénézuéla, on interdit l'anonymat.

28. La réglementation sur la véracité de l'information, a une importance internationale particulière, dans les relations entre les pays. Pour cela elle a fait l'objet de préoccupation constante au sein des Nations Unies⁶³. Le projet de déclaration sur la liberté d'information des Nations Unies, signale dans ce sens «que tout individu répandant une information devra s'assurer de bonne foi de l'exactitude des faits sur lesquels porte l'information»⁶⁴. Ainsi, dans le projet de convention sur la liberté d'information on indique, dans les limitations au droit, celles qui

59 Holding EEK, *Informe ...cit.*, p. 40

60 *France*, p. 15

61 *Belgique*, p. 9

62 *Statut Pérou*, art. 19

63 Salvador LÓPEZ, *Libertad ... cit.*, p. 19

64 *Doc. A/7638* (ONU), anexe II, art. 4

s'établissent à l'égard de la «diffusion systématique de fausses informations préjudiciables aux relations amicales entre les nations»⁶⁵.

Particulièrement, dans maintes occasions, la lutte contre les fausses informations et les informations déformées a donné lieu à des accords entre pays frontaliers tendant à assurer que la presse des pays s'abstiendra de publier des versions exagérées d'information qui, par leur caractère, pourraient irriter, effrayer ou alarmer la population, comme c'est le cas de l'accord de ce genre célébré entre l'Inde et le Pakistan dans les années 1948 et 1949⁶⁶. Au Vénézuéla, récemment, le Sénat, à l'occasion des négociations en suspens avec la Colombie au sujet de la délimitation de la plate-forme sous-marine, signalait l'existence «d'une campagne dont la persistance pourrait conduire à une détérioration de nos relations avec les pays voisins et fraternels», et convenait, par conséquent, «d'exprimer sa préoccupation au sujet de la campagne en question et de suggérer aux entreprises de communication sociale une attitude réfléchie et prudente lors de l'émission de leur opinion et d'informer sur des différends internationaux, en particulier, ceux qui concernent les peuples latino-américains; différends qui, par leur nature délicate, peuvent susciter dans la collectivité des suspicions et aspérités innécessaires et même peu indiquées»⁶⁷.

29. Dans la sphère internationale, même dans les cas où les réglementations légales sont généralement d'un caractère concret, il faut détacher celle de la Yougoslavie, où l'on indique expressément dans la Loi sur la Presse que «l'information ne doit pas être un moyen par lequel... des informations fausses, déformées ou alarmantes soient présentées ou diffusées»⁶⁸.

Or, d'une façon générale, les prohibitions de circulation de fausses nouvelles se réfèrent à des faits concrets, par exemple: celles qui peuvent toucher au crédit de la nation⁶⁹ ou au statut monétaire⁷⁰; celles qui peuvent affecter le suffrage ou provoquer l'abstention électorale⁷¹; celles qui peuvent nuire à la paix publique⁷²; ou celles qui atteignent la discipline ou la morale des forces armées⁷³.

30. En ce qui concerne les conditions requises pour la configuration des fausses nouvelles, M. le Professeur Charles Debbasch en distingue justement quatre concernant le système français: la publicité; le caractère faux de l'information;

65 *Doc. A /7638* (ONU), anexe III, art. 2

66 Salvador A. LÓPEZ, *Libertad...cit.*, p. 20

67 *Diario El Nacional*, n° 9666, Caracas 28 de julio de 1970

68 *Yugoslavie*, p. 9

69 *France*, p. 16; Roger PINTO, *La liberté...cit.*, p. 106

70 *Belgique*, p. 9

71 *France*, p. 16; Roger PINTO, *La liberté... cit.*, p. 106

72 *France*, p. 16; *Yugoslavie*, p. 9; Roger PINTO, *La Liberté... cit.* p. 103

73 *France*, p. 16

qu'elles soient de nature à nuire la paix publique; ou qu'il y ait intention ou mauvaise foi dans leur émission ou publication⁷⁴.

31. On doit signaler enfin, que le problème des fausses informations est relié aujourd'hui en bonne partie, au système des agences de presse, puisqu'en réalité, en dehors de celles-ci, le champ d'information reçue par des entreprises indépendantes est chaque jour plus réduit. De là, l'importance que revêt le contrôle de l'État sur les agences de collection et distribution d'information.

2. *Les informations limitées ou interdites*

A. En raison de la sécurité de l'Etat

32. Par delà les informations fausses ou déformées, il est nécessaire de distinguer les informations limitées ou interdites, qui peuvent découler de plusieurs causes.

Parmi elles, la première cause de prohibition ou limitation des informations est celle relative à la sécurité de l'Etat. En effet, dans des situations où la sécurité de la nation peut se voir compromise, les lois restreignent la liberté d'information. Ceci a lieu dans les cas de circonstances exceptionnelles, comme la guerre⁷⁵. De la même façon, dans des cas de déclaration de l'état de siège ou d'urgence, la législation autorise la suspension ou la limitation des informations qui puissent inciter au désordre⁷⁶. En relation avec la guerre, on réprime les informations qui puissent se configurer comme une collaboration avec l'ennemi⁷⁷.

Pour des raisons de sécurité de l'Etat, on restreint, en général, la publication de documents considérés comme confidentiels ou secrets⁷⁸, ou en connexion avec le secret nucléaire⁷⁹. En particulier, la restriction vise les fonctionnaires ou employés publics en ce qui concerne les questions confidentielles ou les secrets dont ils prennent connaissance en raison de l'exercice de leurs fonctions⁸⁰. De même, on peut restreindre les informations qui nuisent au crédit de l'Etat et à la stabilité monétaire⁸¹, à l'exercice des droits constitutionnels⁸² et à la force contraignante des lois⁸³.

74 *France*, pp. 16-17

75 *Doc. A/7638* (ONU), anexe IV; *France*, p. 17; *Belgique*, p. 9, Roger PINTO, *La liberté...cit.* p. 51

76 *France*, p. 17

77 *Belgique*, p. 9

78 *Yugoslavie*, p. 9, *Statut Pérou*, art. 27,g; *Pays-Bas*, p. 5; J. BENEYTO, *El Ordenamiento...cit.* p. 206

79 *Belgique*, p. 9

80 *Belgique*, p. 12; *Pays-Bas*, p. 5

81 *Statut Pérou*, art. 27

82 *Belgique*, p. 10; *Yugoslavie*, p. 10

83 *Belgique*, p. 10

33. Liées aux restrictions de l'information qui peuvent affecter la sécurité de l'Etat, se trouvent celles qui se rattachent aux questions militaires; et, en particulier, aux prohibitions imposées au personnel militaire en relation aux informations qu'ils peuvent fournir, comme c'est les cas au Pays-Bas et au Vénézuéla⁸⁴.

34. Finalement, on doit signaler que les limitations imposées a la liberté d'information pour des raisons de sécurité de l'Etat, ne peuvent être telles qu'elles empêchent la critique au gouvernement, comme il est indiqué dans le Projet de convention sur la liberté d'information qu'étudient les Nations Unies⁸⁵. Quelques décisions judiciaires aux Etats-Unis confirment la liberté inconditionnelle de critiquer la conduite officielle⁸⁶.

B. En raison de l'ordre public

35. Les limitations et prohibitions au contenu de l'information peuvent avoir aussi pour origine la prévention des perturbations de l'ordre public: moralité publique, tranquillité publique et salubrité publique. Le droit comparé et les conventions et déclarations internationales en général, réglementent ces limitations.

36. En premier lieu, se trouvent celles qui proviennent de raisons de moralité publique, telles qu'elles sont prévues expressément en France, en Yougoslavie et en Belgique⁸⁷. Dans ce sens, on interdit fréquemment les informations qui, indûment, mettent en relief crimes et délits, ou qui peuvent configurer une apologie du délit ou même une incitation, comme il est prévu en France, En Belgique et au Pérou⁸⁸. En Belgique, de plus, on restreint toute propagande ou publicité de moyens quelconques de faire avorter une femme ou d'empêcher la conception⁸⁹.

Ceci étant dit et pour des raisons de morale publique, les principales limitations à la liberté d'information dérivent de la protection des mineurs. En lignes générales, en Yougoslavie, par exemple, dans le but de protéger l'enfance et la jeunesse, on interdit de répandre les publications imprimées destinées aux enfants, ou qui soient diffusées entre eux, quand, par leur contenu, elles portent préjudice à leur éducation⁹⁰. En France, toute publication destinée aux mineurs doit faire l'objet d'une déclaration au Ministère de la justice, et ne peut pas contenir aucune information qui présente sous un jour favorable le banditisme, le cambriolage, la paresse, la rage, tout acte criminel ou délit immoral ou qui provoque des préjugés ethniques⁹¹. Quant à la télévision, on exige souvent, comme c'est le cas en France et au Vénézuéla, qu'a certaines heures, soit signalé le fait que les émissions ne sont pas

84 *Pays-Bas*, p. 5

85 *Doc. A/7638* (ONU), anexe IV, art. 2

86 *EEUU*, pp. 7-13.

87 *France*, p. 17; Roger PINTO, *La liberté....cit.*, pp. 81, 87; *Yougoslavie*, p. 10; *Belgique*, p. 10

88 *France*, pp. 17-18; Roger PINTO, *La libertécit.*, p. 76; *Statut Pérou*, art. 27,i

89 *Belgique*, p. 10

90 *Yougoslavie*, p. 10

91 *France*, p. 18

destinées aux mineurs⁹². Dans le cas du cinéma, au Vénézuéla, on défend l'entrée dans les salles de projection, aux mineurs, suivant la classification du film et l'heure de la projection.

En outre, dans plusieurs législations on interdit l'exposition de revues sur la voie publique qui portent outrage à la moralité des mineurs⁹³ et, il est même défendu, aux vendeurs de revues, de les vendre aux mineurs, comme c'est le cas au Vénézuéla⁹⁴.

37. En second lieu, les limitations au contenu de l'information pour des raisons d'ordre public, peuvent provenir de la nécessité d'empêcher des perturbations de la tranquillité publique. Dans ce sens, en Yougoslavie, on interdit les informations alarmantes ou qui puissent provoquer l'inquiétude des citoyens ou qui mettent en péril l'ordre public et la paix⁹⁵.

38. Le troisième type de limitations au contenu des informations pour raison d'ordre public, est en rapport avec la salubrité publique. Pour cette raison, on restreint en général, les informations relatives aux boissons alcooliques afin de protéger les citoyens contre l'abus de celles-ci, comme c'est le cas en France⁹⁶. De là aussi, les limitations a la propagande relative aux cigarettes si généralisées aux Etats-Unis.

C. En raison de l'ordre judiciaire

39. La nécessité d'assurer et de garantir la bonne administration de la justice et son impartialité, ainsi que d'éviter la publication de faits scandaleux et la protection des droits de défense, a conduit le législateur à limiter le contenu de certaines informations relatives à la procédure, comme c'est le cas en France, et en Yougoslavie⁹⁷.

Ces limitations ont leur source, tout d'abord, dans le secret de l'instruction,⁹⁸ et dans la nécessité d'éviter qu'au moyen de publications d'une certaine nature, on puisse influencer les juges et les jurés⁹⁹. Il en découle que, très souvent, on limite la possibilité de téléviser ou filmer des débats ou des procès judiciaires, excepté avec autorisation, comme c'est le cas en France; ou bien on limite l'information de certains procès dans lesquels, la vie privée d'une personne est en jeu¹⁰⁰. Aux Etats-Unis, plusieurs décisions de la Cours Suprême se rapportent aux difficultés que peut causer la transmission par télévision de certains débats judiciaires, quant à l'impartialité de critère des jurés et à l'exactitude des témoignages, raison pour

92 *France*, p. 18

93 *France*, p. 19

94 *France*, p. 18

95 *Yougoslavie*, p. 9

96 *France*, p. 19

97 Roger PINTO, *La liberté...cit.* p. 109, *France*, p. 19; *Yougoslavie*, p. 10

98 *France*, p. 20

99 *France*, p. 20

100 *France*, p. 20

laquelle la Cour a déclaré que la liberté d'information par télévision «ne confère pas le droit d'utiliser, dans les salles des Tribunaux, des équipements qui puissent compromettre l'impartialité du jugement»¹⁰¹.

Quant à la publication des décisions, elle est en principe libre comme en France et au Vénézuéla dû à la publicité procédurale¹⁰², même si l'on restreint l'information sur l'application de certaines peines, telles les exécutions, où l'on n'informe que dans la mesure où l'autorité d'exécution l'indique.¹⁰³

D. En raison de l'ordre personnel: La protection des droits de la personnalité

40. Les restrictions au contenu de l'information ne découlent pas seulement de l'assurance de la véracité de l'information ou de la protection de la sécurité de l'Etat, de la garantie de l'ordre public ou de l'ordre judiciaire. Elles ont encore pour origine la nécessité de protéger le droit des autres personnes, plus précisément les droits relatifs à la personnalité.

41. En premier lieu, le droit au nom. Les limitations à l'emploi de noms, surtout dans les programmes radiodiffusés ou télévisés, peuvent seulement s'appliquer à des noms peu communs qui peuvent prêter à confusion, L'utilisation de noms courants d'emploi généralisé, est donc considéré comme libre, comme il arrive en France¹⁰⁴.

42. En second lieu, le droit réserve l'image. Ceci implique, en principe, la prohibition de publier, sans son consentement, l'image d'une personne, sauf s'il s'agit d'une personne célèbre. La prohibition subsiste, dans ce dernier cas, quand la photographie est prise avec un télé-objectif¹⁰⁵. Aux Pays-Bas, la législation interdit expressément la publication de portraits réalisés sur ordre de la personne photographiée, sans son consentement; les portraits qui n'ont pas été commandés ne peuvent pas être publiés si un intérêt raisonnable de la personne photographiée s'oppose à cette publication, par exemple, l'intérêt de la vie privée¹⁰⁶.

43. En troisième lieu, le droit à l'intimité de la vie privée fait l'objet d'une protection. Aux Pays-Bas, par exemple, des décisions jurisprudentielles ont estimé offensif le fait de pénétrer dans la vie privée d'une personne sans sa permission et en informer ensuite¹⁰⁷.

44. Enfin, le droit à l'honneur trouve aussi protection et il est puni à travers le délit d'injure. En France, par exemple, on interdit toute expression outrageante, terme de mépris ou invention, qui ne contienne pas l'imputation d'un fait quelconque

101 *EEUU*, p. 4

102 *France*, p. 20

103 *France*, p. 20

104 *France*, p. 21

105 *France*, p. 21

106 *Pays-Bas*, p. 3

107 *Pays-Bas*, p. 3

à l'égard d'une personne physique ou morale¹⁰⁸. Au Pérou, on interdit de publier des articles et des chroniques dans lesquels sont employées des phrases offensives pour l'honneur ou la renommée d'une personne naturelle, juridique ou d'une corporation¹⁰⁹. Le droit à l'honneur est spécialement protégé à l'égard du Président de la République¹¹⁰, des agents diplomatiques étrangers et des chefs d'Etat étrangers¹¹¹.

45. Les limitations au contenu de l'information touchent aussi aux informations diffamatoires, au moyen desquelles, on impute à une personne un fait qui implique une atteinte à son honneur. Au Pérou, on considère expressément comme un délit «le fait d'attribuer à une personne naturelle ou juridique, un fait, une qualité ou une conduite, qui nuise à l'honneur ou à la réputation de la première ou des personnes qui composent ou représentent la seconde... à moins que le Directeur ou l'auteur prouve pleinement la véracité de ces dites, auquel cas, il sera exempt de peine»¹¹². En lignes générales, ce même panorama nous apparaît dans le droit comparé, avec la distinction entre diffamation illicite et diffamation licite¹¹³.

III. LES CONSÉQUENCES DES LIMITATIONS A LA LIBERTÉ D'INFORMATION

46. Les limitations à la liberté d'information et, particulièrement, la transgression de celles-ci engendrent une série de conséquences dans le domaine du droit public: la possibilité d'utiliser des garanties établies à l'égard de ces limites; l'application de mesures de police administrative; et la répression des fautes et délits de l'information. En dehors de ces conséquences se trouvent celles propres au droit privé ou au droit commun, en vertu desquelles des réparations sont exigées pour les dommages et intérêts occasionnés.

Nous étudierons ici les trois conséquences de droit public, à la lumière du droit comparé.

1. *Les garanties: le droit de rectification et le droit de réponse ou de réplique*

47. La violation des limitations à la liberté d'information est d'abord garantie par la consécration du droit de rectification et de réplique qu'on accorde à l'institution ou à la personne lésée par l'exercice de la liberté d'information. En général, le contenu et la finalité de ces droits sont les mêmes, ils diffèrent seulement par la qualité à agir. En effet, le droit de rectification peut être utilisé par l'Etat tandis que le droit de réplique ou réponse l'est par les particuliers, comme il est établi en France et en

108 *France*, p. 21

109 *Statut Pérou*, art. 27,c

110 *France*, pp. 21-22; *Belgique*, p. 10; *Yugoslavie*, p. 10

111 *France*, pp. 21-22; *Belgique*, p. 10

112 *Statut Pérou*, art. 27,c

113 Roger PINTO, *La liberté ...cit.* p. 134

Espagne¹¹⁴. Dans d'autres pays, comme au Pérou et en Belgique, en parlant du droit d'explication, rectification ou réponse, il est l'objet d'une réglementation uniforme; et dans d'autres systèmes on ne le reconnaît pas expressément¹¹⁵.

48. Le droit de rectification comporte l'obligation pour le directeur du journal, d'insérer, dans le numéro suivant de ce dernier, en forme gratuite, la rectification au compte-rendu inexact des faits d'une autorité publique, comme on l'établit en France¹¹⁶. De son côté, le droit de réponse ou de réplique permet à une personne contestée par un journal ou simplement nommée ou dessinée dans celui-ci, de demander l'insertion dans le numéro suivant, aussi en forme gratuite, d'un texte qui montre son point de vue par rapport à l'information qui lui a fait du tort¹¹⁷.

Il y a des cas où l'on exige de plus, que la publication se fasse soit en première page, soit dans la même page que l'information, avec les mêmes caractères typographiques¹¹⁸. En tout cas, comme la signalé M. le Professeur Debbasch, c'est un moyen en pouvoir du citoyen pour se défendre contre le pouvoir de la presse¹¹⁹.

Dans tous les cas, on doit signaler que si normalement, ces droits se réfèrent à la presse écrite, dans plusieurs pays ils s'étendent, expressément, à la radio et à la télévision, et jusqu'aux informations publiées dans un journal cinématographique ou dans un film, comme c'est le cas en Yougoslavie¹²⁰, en Espagne, en Allemagne, en Turquie et en Grande Bretagne. Aux Pays-Bas, il faut indiquer que, bien qu'il ne soit pas consacré à l'égard de la presse, le droit de rectification s'établit expressément en ce qui concerne la télévision¹²¹. Il faut signaler, en outre, que ce sont des droits qui, après la mort de la personne affectée, peuvent être exercés par les ayants droit¹²².

49. Bien que la consécration de ces droits constitue l'établissement de garanties en faveur des particuliers et des institutions publiques, il en résulte l'obligation pour le Directeur responsable de l'entreprise de communication, de publier la rectification ou la réponse, sous forme gratuite, dans le numéro suivant de la publication. Cependant, cette obligation a des limites. Tout d'abord, en ce qui concerne l'extension du texte à publier, dans certains systèmes, on exige que le texte ne dépasse pas le double de celui qui a motivé la réponse ou qu'il n'excède pas mille lettres d'écriture¹²³. Ensuite, concernant le contenu de la réponse, celle-ci ne peut pas

114 *France*, p. 23; Enrique RIVERO ISERN, «Los derechos de rectificación y réplica en la prensa, la radio y la televisión: Reflexiones a la luz de nuestro derecho», *Revista de Administración Pública*, n° 57 Madrid 1968, p. 144

115 *France*, p. 23

116 *Belgique*, p. 11; *Statut Pérou*, art. 21, *Pays-Bas*, p. 4

117 *France*, p. 23; *Belgique*, p. 11; *Statut Pérou*, arts. 22-23

118 *France*, p. 23, *Statut Pérou*, art. 23

119 *France*, p. 23

120 *Yougoslavie*, p.11

121 *Pays-Bas*, p. 7

122 *Yougoslavie*, p. 11

123 *France*, p. 23; *Belgique*, p. 11

être contraire aux lois et aux bonnes mœurs¹²⁴, même s'il est admis que le ton de la réponse soit égal en vigueur à celui de l'information qui l'a provoquée, comme c'est le cas en France et au Pérou¹²⁵. Ceci n'implique pas qu'on puisse y employer des termes indignes ou offensants¹²⁶.

En Yougoslavie, de plus, le directeur est exempté de l'obligation de publier la réponse, quand, par exemple, elle n'est pas en relation directe avec l'information en question, ou lorsque la réponse n'est pas signée¹²⁷.

50. En vertu des limitations signalées, le directeur peut se refuser à publier la réponse; dans ce cas, le particulier lésé peut exiger protection, en ayant recours à l'autorité judiciaire, celle-ci devant décider au moyen d'une procédure sommaire¹²⁸.

2. Les mesures de police dans la liberté d'information

51. À part les conséquences d'ordre civil et celles dérivées des garanties de rectification et de réponse, le droit comparé nous montre une série de limitations au droit d'information, provenant cette fois de l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat. L'existence de ces pouvoirs de police dérive de la consécration même du droit à la liberté d'information, soumis à limitations. Les moyens dont dispose l'autorité administrative pour faire observer ces limitations sont précisément, les pouvoirs de police.

Ces pouvoirs de police ne peuvent de toute façon s'exercer, que sous une forme conditionnée par la nécessité justifiée d'une menace réelle pour l'ordre public, par les conditions de temps, de lieu et de mode dans l'apparition de ces menaces et par la proportionnalité entre les mesures mentionnées et ces dernières¹²⁹.

En termes généraux, les pouvoirs de police relatifs à la liberté d'information se réfèrent à la censure, à la prohibition d'émettre l'information, aux révocations des autorisations et à la saisie des éditions. Pour une meilleure étude comparative, nous étudierons ci-dessous les différentes mesures de police suivant les différents moyens d'information.

A. Les mesures de police en relation à la presse

(a) La censure

52. D'une façon générale, on peut dire que la censure de la presse est interdite dans presque tous les textes constitutionnels ou légaux. C'est une conséquence remontant à l'antécédent de la liberté de la presse et des luttes de celle-ci face aux interventions gouvernementales de caractère politique. Dans ce sens, les constitutions de la Belgique, des Pays-Bas et du Vénézuéla et les lois de la

124 France, p. 23; Belgique, p. 11, Yougoslavie, p. 11

125 France, p. 23; Statut Pérou, art. 23

126 Yougoslavie, p. 11

127 Yougoslavie, p. 11

128 Statut Pérou, arts. 24-25

129 R. PINTO, *La liberté ... cit.*, p. 199

Yougoslavie, de l'Espagne, de la France et du Pérou, interdisent la censure préalable du gouvernement concernant la presse¹³⁰. Ainsi le Projet de convention sur la liberté d'information, en étude aux Nations Unies, établit expressément, qu'aucune des limitations à la liberté d'information qui y sont prévues ne peut pas être considérée comme une justification pour l'imposition de la part de l'Etat d'une censure préalable à la diffusion d'informations, commentaires et opinions politiques¹³¹.

53. Cependant, la prohibition de la censure préalable, qui est de vigueur, d'une façon générale, dans des circonstances normales, ne prévaut pas plus absolument dans des circonstances exceptionnelles comportant la suspension des garanties constitutionnelles. Les exemples que nous montre le droit comparé dans ce domaine sont aussi nombreux que l'ont été les conflits politiques nationaux et internationaux subis par les pays du monde moderne. Il suffit de faire référence au cas de la France, où l'état d'urgence, l'état de siège ou l'état de guerre permettent l'instauration d'une censure préalable de la presse¹³².

54. Les possibilités et limites signalées à l'établissement de la censure s'appliquent aussi aux dépêches d'informations des correspondants étrangers, qui, en général, sauf dans des circonstances exceptionnelles, peuvent envoyer à l'étranger les informations qu'ils souhaitent avec entière liberté¹³³.

(b) L'interdiction de la publication, distribution et vente

55. Outre la possibilité accordée à l'autorité administrative d'instaurer une censure préalable, en tant que manifestation du pouvoir de police, le droit comparé montre la possibilité d'ordonner la prohibition de la publication, distribution et vente de la presse.

56. En premier lieu, comme manifestation de la censure, l'autorité administrative peut interdire la publication de certaines informations si, à un moment donné, ainsi le demandent l'ordre public ou la défense nationale.

57. En deuxième lieu, les limites dérivées de l'exercice des pouvoirs de police peuvent se rattacher à la circulation et à la distribution des publications¹³⁴ et, en particulier, en ce qui concerne leur importation. En Belgique, par exemple, on permet à l'autorité administrative d'ordonner la prohibition de l'introduction de publications étrangères obscènes; et en outre, les publications qui, à l'étranger, contiennent des inscriptions contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public¹³⁵, sont exclues du transport du courrier. En Yougoslavie, par exemple, quand on enfreint

130 *Belgique*, p. 1; *Pays-Bas*, p. 2; *Pérou*, p. 3; *France*, p. 10; *Espagne Loi*, art. 3

131 *Doc. A/7638* (ONU), anexe III, p. 2, art. 2

132 *France*, p. 10, *Belgique*, p. 15

133 Hilding EEK, *Informe... cit.*, p. 38

134 *Belgique*, p. 13

135 *Belgique*, p. 13

certaines des limitations au contenu de l'information, l'autorité judiciaire peut interdire la distribution de certaines des publications¹³⁶.

58. Finalement, l'interdiction imposée par l'autorité administrative peut atteindre la vente des publications d'une façon générale et, du fait que la vente en est faite fréquemment sur la voie publique, les restrictions de caractère local sur l'utilisation du domaine public s'appliquent aux ventes de journaux et de magazines.

En France, dans un but d'intérêt général ou quand cela se rattache au domaine public, l'autorité de police peut prendre des mesures impliquant l'interdiction de vendre des publications dans les kiosques sur la voie publique¹³⁷. En Belgique, l'utilisation de la voie publique pour l'installation des kiosques doit bénéficier d'une autorisation préalable de l'autorité locale; en vue de garantir l'ordre et la tranquillité dans la rue, et, particulièrement, la sécurité et la commodité de circulation des personnes¹³⁸.

(c) La saisie des publications

59. L'intervention de l'autorité de police n'a pas seulement lieu avant l'édition (censure) ou une fois la publication éditée avant la distribution ou la vente, mais encore se produit-elle après la mise en circulation de l'édition. Dans ces cas, si les publications violent une des limitations imposées à la presse, l'autorité judiciaire et, exceptionnellement, l'autorité administrative, peuvent décréter la saisie de l'édition ou des publications.

Pour cela, évidemment, la condition exigée est que la mesure soit indispensable au maintien de l'ordre public, ou pour empêcher la circulation d'informations secrètes qui intéressent la défense nationale¹³⁹. Concernant le maintien de la moralité publique, on permet, en général, la saisie des publications immorales ou contenant des apologies à l'égard de certains crimes ou délits¹⁴⁰. En tout cas, la violation de la censure, dans des circonstances exceptionnelles, constituent un motif de saisie de l'édition.

B. Les mesures de police en relation à la radio et à la télévision

(a) La censure

60. D'une façon générale, l'orientation du droit comparé est celle de l'exclusion de la censure préalable dans les émissions de radio et télévision¹⁴¹, bien que dans les pays où il existe un monopole étatique sur l'information, la censure préalable soit inhérente à ce monopole. De même, dans certains pays où l'on prévoit un monopole

136 *Yugoslavie*, pp. 9, 14

137 *France*, p. 11

138 *Belgique*, p. 3

139 *France*, p. 11, 12

140 *France*, p. 12

141 *Belgique*, p. 6; *Yugoslavie*, pp. 5, 8, 9, 15

de droit pour la radio et la télévision rattache à un établissement public, comme en France, une censure préalable est prévue pour les émissions¹⁴².

(b) La révocation ou la suspension de l'autorisation

61. Nous avons fait remarquer que, en général, le droit comparé montre une rigidité légale plus marquée en ce qui concerne la radio et la télévision, d'ou la nécessité pour les entreprises qui vont opérer dans des programmes de ce genre, d'obtenir une autorisation préalable de l'autorité administrative. Au Vénézuéla, par exemple, la transgression des limitations au contenu de l'information, peut entraîner la révocation définitive de l'autorisation ou la suspension temporelle des émissions de l'entreprise en question.

(c) L'interdiction de l'émission

62. L'autorité administrative peut aussi, pour des raisons de sécurité ou de défense nationale, ou pour des raisons de moralité publique, interdire des émissions de radio et de télévision¹⁴³. En Yougoslavie, la Loi de presse permet a l'autorité administrative d'interdire l'émission de programmes de radio et de télévision qui enfreignent les diverses limitations à la liberté d'information qu'elle consacre¹⁴⁴.

C. Les mesures de police concernant le cinema

(a) La censure

63. Si nous avons vu que, en lignes générales, la censure préalable est exclue de la presse, radio et télévision en temps de paix, il n'en est pas de même pour le cinéma. Dans ce domaine, on peut dire que la censure est la règle, même en temps de paix¹⁴⁵, les systèmes qui ne l'établissent pas, étant exceptionnels¹⁴⁶.

Cette censure a pour motif fondamental, le maintien de la moralité publique. En vue de cela, la classification des films a pour but d'interdire aux mineurs de certains âges l'assistance au spectacle¹⁴⁷. De même, pour autoriser la projection d'un film, l'autorité administrative, représentée généralement par une commission de censure, peut ordonner d'y réaliser des coupures à cette fin¹⁴⁸.

64. Quant aux nouveaux films, dans certains pays, on les soumet à une déclaration préalable comme en France¹⁴⁹ ce qui facilite la travail de la censure;

142 *France*, p. 12

143 *Belgique*, p. 14

144 *Yougoslavie*, p. 15

145 *France*, p. 13; *EEUU*, p. 20; *Pays-Bas*, pp. 7, 9; *Yougoslavie*, pp. 6, 15

146 *Belgique*, p. 14

147 *France*, p. 14; *Belgique*, pp. 8, 18; *Pays-Bas*, p. 7

148 *France*, p. 14; *Belgique*, p. 15

149 *France*, p. 14

tandis que dans d'autres pays, comme la Yougoslavie, une approbation préalable est requise¹⁵⁰.

(b) L'interdiction d'exploitation et d'exportation

65. Les mesures de police concernant le cinéma peuvent consister aussi dans l'interdiction d'exploitation, auquel cas il y a défense totale d'exhiber le film; et dans l'interdiction d'exportation, quand la limitation consiste à en interdire l'exhibition hors du pays d'origine. En France, cela est possible, vu que l'autorité respective, afin de promouvoir une politique du cinéma, dans les cas de films destinés à l'étranger, exige d'eux qu'ils ne nuisent pas au prestige de la France¹⁵¹.

(c) L'interdiction de projection.

66. Dans la sphère locale, on accorde aussi aux autorités correspondantes, des pouvoirs de police concernant la projection ou exhibition de films. Ces autorités ayant compétence pour assurer l'ordre, la tranquillité, la sécurité, la moralité et la salubrité publique, peuvent adopter des mesures relatives aux films qui portent atteinte sous un aspect quelconque à l'ordre public¹⁵².

3. La répression pénale: les délits et contraventions de l'information

67. La plupart des infractions aux limitations de la liberté d'information entraînent l'application de sanctions de caractère pénal. Nous en avons déjà signalé quelques unes, telles celles qui sont prévues pour les délits de diffamation et d'injure tendant à protéger l'honneur des personnes contre les abus de la liberté d'information.

Mis à part ces délits, la législation pénale, comme mesure de protection à l'intérêt général ou à l'ordre public et social, prévoit une série de délits et de contraventions de l'information avec des peines qui varient de la simple amende jusqu'à l'application de peines corporelles.

68. En effet, le droit comparé montre une liste de ce que nous pourrions appeler contraventions dérivées de l'information, qui sont généralement punies par l'application d'amendes: la non-indication du nom et adresse de l'imprimeur¹⁵³; les publications clandestines et anonymes¹⁵⁴; la publication du nom de mineurs délinquants¹⁵⁵; l'information qui contient une apologie de certains délits¹⁵⁶; le non-acquittement du dépôt légal ou de l'envoi des exemplaires requis à la Bibliothèque

150 *Yougoslavie*, p. 6

151 *France*, p. 14

152 *France*, p. 14; *Yougoslavie*, p. 16; *Belgique*, pp. 14, 15; *Pays-Bas*, p. 10

153 *France*, p. 24

154 *Statut Pérou*, art. 26,a

155 *France*, p. 24

156 *Statut Pérou*, art. 27,i

Nationale¹⁵⁷; le refus de publier la rectification¹⁵⁸; le transfert d'actions à des personnes étrangères¹⁵⁹.

69. En dehors des fautes indiquées, on consacre fréquemment des délits dérivés de l'information en cas de récidive dans certaines contraventions commises¹⁶⁰. De plus, dans les cas de publications d'informations ou de documents faux¹⁶¹, d'informations secrètes ou qui affectent la défense nationale¹⁶² ou qui impliquent une collaboration avec l'ennemi¹⁶³.

Dans les pays qui exigent que la propriété des actions des entreprises de communication soient sous la main des nationaux, on punit comme délit, l'utilisation de substituts ou de personnes interposées pour cacher la véritable propriété des actions¹⁶⁴.

70. Dans tous les cas de responsabilité pénale, la loi attribue celle-ci à l'auteur de l'information et à défaut de celui-ci, au directeur en cas de publications non signées¹⁶⁵. L'éditeur peut être considéré comme coresponsable des actes commis dans les publications imprimées¹⁶⁶.

CONCLUSIONS:

LA LIBERTÉ D'INFORMATION ET LE DROIT À L'INFORMATION

71. Du tour d'horizon que nous avons effectué sur les limitations à la liberté d'information, nous pouvons tirer les conclusions suivantes:

A. Au vu de la complexité et la puissance des *médias*, la liberté d'information est, par essence, soumise à des limitations. On ne peut pas concevoir une liberté d'information absolue et sans limites quelque soit le mode de communication employé.

B. L'étude des limitations à la liberté d'information que nous avons effectuée à la lumière du droit comparé, montre une réglementation de cette liberté fondée sur des critères traditionnels: liberté d'information face au gouvernement et réglementation généralement répressive de la part de l'Etat. Le schéma de la liberté

157 *France*, p. 24; *Statut Pérou*, art. 26,b

158 *Statut Pérou*, art. 26,f

159 *Statut Pérou*, art. 26,c

160 *France*, p. 24

161 *France*, p. 24; *Statut Pérou*, art. 27,f

162 *France*, p. 24; *Statut Pérou*, art. 27,g; *Yugoslavie*, p. 12; Ramón ÁLVAREZ DE VIGNIER, *Infracciones de prensa e imprenta en la legislación y jurisprudencia*, Madrid 1966, p. 29

163 *Belgique*, p. 12

164 *Statut Pérou*, art. 27,a

165 *Statut Pérou*, art. 20; *Pays-Bas*, p. 6; *Yugoslavie*, p. 12

166 *Yugoslavie*, p. 12

d'information et de ses limitations est matériellement le même que celui qui a été bâti au cours du siècle dernier (19^{ème}), où la liberté de presse a gagné la bataille constitutionnellement. C'est cependant un schéma qui a pris corps bien avant les transformations techniques, économiques et sociales de la presse, et bien avant l'apparition et le développement du cinéma, la radio et la télévision.

C. Conformément à ce schéma, le problème actuel de conciliation de la liberté d'information avec le droit humain à l'information reste, dans le droit comparé, sans solution générale adéquate. La liberté d'information, en termes généraux, demeure la liberté de quelques uns face au droit du grand nombre, étant donné que l'importance et la dimension économique des médias dans l'actualité ont provoqué, soit leur concentration, en tout ou en partie, dans les mains de l'Etat ou dans celles de groupes économiques ou politiques; mais en tout cas, entre les mains de quelques uns. C'est pour cela que le droit humain à l'information, qui est l'essence de la liberté d'information convenablement conçue, dans l'actualité ne trouve pas l'accueil qui lui est dû.

D. Il faut donc un grand effort pour concilier l'intérêt de la société et celui des hommes à être dûment et honnêtement informés et l'intérêt des gouvernements et des groupes de pression politiques et économiques. La liberté d'information doit alors consister en quelque chose de plus que la seule possibilité de s'opposer ou de faire pression sur le gouvernement en place, ou de favoriser des intérêts purement politiques ou économiques, faisant bon marché du droit humain à l'information.

E. En vue de cela, la liberté d'information a une fonction sociale à remplir: celle de garantir à tous le droit à l'information, c'est à dire, le droit de connaître la réalité sociale actuelle et de permettre, par cette voie, la participation de tous dans la vie économique, politique et sociale. Une liberté d'information tendant à garantir le droit à l'information pourrait être alors une arme dans la lutte de l'homme contre l'aliénation, et non pas ce que les médias dans l'actualité semblent contribuer à en faire: un moyen pour l'aliénation.

§ 3. REGIONALIZATION IN ECONOMIC MATTERS IN COMPARATIVE LAW

General Report to the *IX international Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Téhéran, September 27-October 4, 1974**

INTRODUCTION

One of the subjects of greatest current and universal importance in the field of comparative public law, is undoubtedly that which concerns the process of regionalization within States, originated basically in economic motives¹. In fact, it

* Published in *Rapports Généraux au IXème Congrès International de Droit Comparé, Teheran 27 Septembre-4 October 1974*, Institut de Droit Comparé de l'Université de Téhéran, Bruxelles 1977, pp. 669-696.

1 Therefore, among the subjects of public law which are to be discussed in the IX International Congress of Comparative Law in Teheran, 1974, *Regionalization in Economic Matters* has been chosen. This subjects undoubtedly opens up a field of enormous interest for comparative study, owing to the multiplicity of solutions which have been adopted, or are in the process of being adopted, by various countries and juridical systems. For the discussion of this General Report destined for the Congress, however, the General Reporter has only received the following National Reports, indicated in alphabetical order of countries: *Germany: Regionalization in economic matters* (original in German), 33 pp. by Prof. Dr.iur Reiner SCHMIDT, Universität Augsburg; *Belgium: Le Compromis Regional* (original in French), by Prof. Francis DELPEREE, University de Louvain; U.S.A.: *Compacts: A Study of Interstate Agreements in the American Federal System* (original in English) 112 pp. by Prof. W. M. REISMAN, Yale Law School and Gary J. SIMSON, Yale Law School; *Italy: Economic Regionalization* (original in English), 13 pp. by Prof. Sabino CASSESE,

can be said that, particularly in the last two decades, all the States of the contemporary world have felt, in one form or another, the faults and conflicts which arise from the contradictions and inadequacies of local and national administrative structures when faced with the demands of the economic process. This has produced, in the national sphere, a tremendous and prolonged effort which comes within the purview of what has been called «administrative reform», which has had an impact not only in the majority of the industrialized countries, but which has also acquired great importance and current interest in the developing countries². In the latter, one of the principal motives of administrative reform has been precisely the demands made on state institutions by efforts at economic and social planning³.

But undoubtedly the problem of the inadequacy of administrative and political institutions in the face of the demands of planning, of economic policy, or of development processes, as much in the developed as in the developing countries, has arisen to an even greater extent in the regional and local sphere. Traditional and historical politico-territorial divisions, as a general rule, did not arise, nor were they delineated, with regard to the demands of those economic or developmental policies, and therefore, in the majority of countries, they are an inadequate level, not only for administrative coordination, but also for the carrying out of certain activities of the State, besides being inadequate as levels for planning and inappropriate for a process of administrative decentralization. The search for adequate territorial levels for economic and social planning territorial organization (*aménagement du territoire*), urban planning, and administrative coordination, disconcentration and decentralization, have accordingly led to the emergence of the Region and regional units as the optimal levels. In this sense, the phenomenon is undoubtedly a universal one⁴.

Universita degli Studi di Urbino, and *Regional Regulatory Power in the field of Land use* (original in English), 10 pp. by Prof. Paolo TESAURO, University di Napoli; *Poland: Regionalization in Economic Matters* (original in English), 53 pp. by Prof. Zygmunt RYBICKI, University of Warsaw; and Venezuela: *La regionalización en materia económica* (original in Spanish), 27 pp. by Norma IZQUIERDO of the Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República. Therefore, as comparative reference to other important and very interesting experiences of regionalisation is indispensable, we have had to use other sources, which are indicated in the notes below.

- 2 *V.* for example, the interesting documents of the *Seminario Internacional de las Naciones Unidas sobre grandes reformas administrativas en los países en vías de desarrollo* (Falmer, Brighton, Oct.-Nov. 1971), 2 Vol., NY 1973; and the collection of texts edited by Yves CHAPEL (ed.), *Strategies et tactiques de la modernisation de l'Administration Publique dans les pays en developpement*, Brussels, 1972. A complete bibliographical selection on this subjects may be consulted in *Administrative Reform and Development*, ENAP, Madrid 1970.
- 3 *Cf.* for example, Allan R. BREWER-CARIÁS, *Reforma administrativa y desarrollo económico y social en Venezuela*, Caracas 1970, and in *Revista internacional de ciencias administrativas*, Vol. XXXVI, n° 1, 1970, pp. 1 and ff.; and Alejandro CARRILLO CASTRO, *La reforma administrativa en México*, México 1973.
- 4 *V.* for example in relation to Europe, E. KALK (ed.), *Regional Planning and Regional Government in Europe*, IULA, The Hague 1971.

But the Region and regionalization as a process, are undoubtedly not limited to mere regionalization in economic matters in the contemporary world. If it is true that the origins of contemporary regionalism lay in economic and planning needs, nowadays economic requirements have gone hand in hand with administrative aspects (administrative regionalization) and political aspects (political regionalization). In other words, experience has shown that advances in the process of economic regionalization have inevitably given rise, in the majority of countries, to a greater or lesser extent, to the urgent need to complement this process with the establishment of a regional administration, and with the tendency to institutionalize popular representation in the Region⁵. Economic regionalization, in this sense, has become a process which is closely linked to administrative regionalization and political regionalization, even though, undoubtedly, it may be distinguished from these. Therefore, for the purposes of this General Report on regionalization in economic matters in comparative law, we will not only study the juridical problems of economic regionalization (Part 1), but also the juridical problems of administrative regionalization (Part 2) and of political regionalization (Part 3), which are in certain respects consequences of economic regionalization.

I. ECONOMIC REGIONALIZATION

1. *The Influence of Economics on Law*

Today, the progressive intervention of the State in economic and social life may be considered a universal phenomenon, particularly since the Second World War, as much in the capitalist as in the socialist countries, and in the developed as in the underdeveloped countries⁶. All private activities are now, at least, under the shadow of the State⁷, which has assumed, to a greater or lesser extent, the role of actor in the economic process or in the process of economic development. This presence of the State and of economic affairs in the contemporary world, particularly in the utilization of planning techniques, has led to the breaking of the classic mould of private law and to the transformation of the role of the public law⁸. Economics and its derived techniques, applied to the policy of the State, have had, therefore, a decisive influence on law, to the point that law is now beginning to be analyzed, not as a result of social changes, but as an agent to bring about such changes⁹.

5 Cf. Chi-YI CHEN y Ramón MARTÍN MATEO, *Aspectos administrativos de la planificación. El sistema venezolano*, Caracas 1973, p. 35.

6 Cf. Allan R. BREWER-CARÍAS, "Le regime des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics en droit compare", in *Rapports Généraux au VIII Congrès International de Droit Comparé*, Acta Instituti Uppsaliensis Jurisprudentiae Comparative, Stockholm-Uppsala 1968, pp. 484 and ff.

7 As Ralph MILIBAND puts it, *The State in a Capitalist Society*, London 1971, p. 3

8 Cf. Wolfgang FRIEDMANN, *Law in a Changing Society*, London 1972; Allan R. BREWER-CARÍAS, *Derecho y desarrollo*, Caracas 1971.

9 Cf. Yehezkel DROR, "Law and Social Change", in Vilhelm AUBERT (ed.), *Sociology of Law*, London 1972, pp. 90 and ff.

In the regional field, planning techniques have undoubtedly been those which have made the greatest demands on the law during the last two decades. In this way, for example, there has been developed a special law for the location of economic activities within the entire geographical framework of a country, and particularly, a law of territorial organization (*aménagement du territoire*). The development of planning as a technique for organizing national economic life has gradually led to the need for a prior organization of the territory on which the Plan must act¹⁰; and intimately linked to this process of territorial organization there have emerged needs for regionalization.

2. *Conflicts between the Needs of Contemporary Administration and the Traditional Politico-Territorial Divisions*

The techniques of planning and territorial organization developed during the last few decades have caused in the contemporary world a generally irreconcilable conflict between the needs of public administrations and the traditional politico-territorial divisions. The latter have been, in general, the result of a long process of political evolution to which any considerations of an economic order have been marginal; therefore, when the State has tried to use new techniques of economic organization, it has generally found those traditional territorial divisions insufficient for the adequate functioning of the public sector¹¹. Today, then, in comparative law we can see the emergence of the need to search for, and formulate new juridical instruments to organize and order the activities of the public sector and the economic and social life of States on a territorial scale different from that delineated by traditional politico-territorial divisions¹². In this way, it is indubitable that, as much in the socialist as in the capitalist countries, the conflict between the utilization of economic techniques and policies such as planning and territorial organization, which demand optimal territorial levels of coordination and execution, and the existence for this purpose of traditional or historical territorial levels, has been resolved by the establishment of intermediate levels, which have been called regions. Economic regionalization has emerged, then, through the inadequacy of traditional local administrations for adequately carrying out functions within a

10 Cf. Antonio RISCO SALANOVA, "Regionalismo y planificación: La experiencia francesa", in Sebastián MARTÍN-RETORTILLO *et al.*, *Descentralización administrativa y organización política*, Vol. III, Madrid 1973, pp. 24 and ff.

11 V. Zygmunt RYBICKI, *Regionalization in Economic Matters*, Warsaw 1973, *cit.*, pp. 1, 2, 3 y 23. Norma IZQUIERDO, *La regionalización en materia económica*, Caracas 1974, *cit.*, pp. 11 and ff.

12 V. *Idem.*, p. 49.

planning context¹³. This inadequacy, it may be said in passing, has also led to the reform of local government itself¹⁴.

Of course, the situation with regard to traditional politico-territorial divisions and local administration varies according to each country. Nevertheless, some general characteristics can be defined. In the first place, the existence of a multitude of local municipal bodies of the lowest level, which, as territorial units, present clear characteristics of inadequacy as terms of reference, or as areas for planning and territorial organization¹⁵. In the second place, the existence of intermediate levels of local government, whether of two tiers, as existed until recently in some socialist countries¹⁶, and still exists in the German Democratic Republic, Czechoslovakia, Poland and Hungary¹⁷, or of one tier only, as exists in federal States¹⁸. And in the third place, the existence of a centralizing tendency in the structure of national levels of government¹⁹. In any case, as far as local levels of government are concerned, whether of three tiers, or two tiers, as they generally are in comparative law, their general characteristic is that they do not coincide with the optimal areas of planning and coordination defined by the national levels. This has led to the formulation of the region as an economic unit, which in most cases does not coincide territorially with the traditional levels of local government.

3. *Regionalization as a Requirement of Economic Policy and Planning*

Regionalization as a requirement of economic policy and planning, in this way, has emerged in the contemporary world as a tendency distinct from traditional regionalism, which had a political basis or character. The «new regionalism», or

13 V. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “El tema de la descentralización y sus relaciones con la planificación económica”, in S. MARTÍN-RETORTILLO *et al.*, *op. cit.*, Vol. III, pp. 146 and ff.; Tomás Ramón FERNÁNDEZ, “La Provincia como corporación: Las Diputaciones Provinciales”, in S. MARTÍN-RETORTILLO *et al.*, *op. cit.*, Vol. III, pp. 528-529.

14 As may be deduced for example, from the basis of the reform of local government in England: Cf. Lord REDCLIFFE-MAUD (Chairman), *Local Government Reform, Report of the Royal Commission on Local Government in England*, Vol. I, London 1969 (Cmnd. 4040); y *Local Government in England. Government Proposals for Reorganization* (White Paper), London 1973 (Cmnd. 4584).

(15) Cf. Zigmunt RYBICKI, *Regionalization in Economic Matters*, *cit.*, pp. 9 and ff.; E. KALK (ed.), *op. cit.*, p. 54; Norma IZQUIERDO, *La regionalización en materia económica*, *cit.*, p. 13.

16 Bulgaria in 1959, Rumania in 1968 and Yugoslavia in 1970 have changed the system of local government from three levels to two levels. V. Zigmunt RYBICKI, *Regionalization in Economic Matters*, *cit.*, p. 11.

17 *Idem.*, pp. 12 and 15.

18 V. Refiner SCHMIDT, *Regionalization in Economic Matters*, *cit.*, p. 3; Norma IZQUIERDO, *La Regionalización en materia Económica*, *cit.*, p. 21.

19 Cf. E. KALK (ed.), *op. cit.*, p. 54; Lord KILBRANDON (chairman, *Royal Commission on The Constitution 1969-1973*, Vol. I, Report, London 1973 (Cmnd. 5460, pp. 87 and ff.

economic regionalism, does not presuppose or imply the creation of new territorial entities nor any process of territorial decentralization²⁰. On the contrary, it is a question of a spatial delimitation of the national territory superimposed on traditional politico-territorial divisions (which it does not replace) determined on the basis of purely technical-economic criteria which are linked to planning and to territorial organization. In this way, economic regionalism cannot, and must not, be confused with territorial decentralization²¹: the latter presupposes the formation of political organs for popular representation, while the former is a technique for achieving greater efficiency in the central administration.

Now, as far as the economic region is concerned, its establishment is the result of the configuration of a series of physical factors (natural, geographical, hydraulic, demographic, urban etc.) which have been processed by the techniques of planning and territorial organization, with a view to achieving goals of well-being and development which must be more or less balanced throughout the territory of a country. Economic regionalization, in many cases, has been defined as a general policy for an entire country, and in other cases it has obeyed selective criteria. In the first case, for example, can be included the process of economic regionalization for the purpose of planning, defined as such from the beginning, in the experiences of France, Belgium and Italy²²; regionalization for the purpose of economic and social planning carried out in the socialist countries²³; the definition of the Economic Planning Regions in Great Britain²⁴; and the initial definition of the regionalization process in Venezuela in 1969 and in most of the Latin American countries²⁵.

But in other cases, a general regional delimitation of an entire country was not carried out for the initiation of regional economic measures; on the contrary, more or less immediate measures of a selective character were taken. Up to a certain point, these measures fashioned the beginnings of regionalization policies in the contemporary world. Amongst these may be pointed out: the establishment, in the 1930's, of the *Compagnie Nationale du Rhône* in France, the «Development and Improvement Special Areas» in England, and the Tennessee Valley Authority in the U.S.A.; and, after the Second World War, the *Cassa per il Mezzogiorno* in Italy, the *Superintendencia de Desenvolvimento del Nordeste* (SUDENE) in Brazil, and the *Corporation Venezolana de Guayana* in Venezuela²⁶.

-
- 20 V. S. MARTIN-RETORTILLO y J. SALAS H, “El nuevo ‘Regionalismo’ y la llamada regionalización de la planificación económica”, in S. MARTIN-RETORTILLO *et al.*, *op. cit.*, p. 220.
- 21 Cf. Luis COSCULLUELA MONTANER, “La Región”, en S. MARTIN-RETORTILLO *et al.*, *op. cit.*, p. 316.
- 22 Cf. Maurice BURJOL, *Les Institutions régionales de 1789 à nos jours*, Paris 1969, p. 230; Francis DELPÉRIÉ, *Le compromis régional*, Louvain 1974, *cit.*, p. 11; and Sabino CASSESE, *Economic Regionalization*, Roma 1974, *cit.*, p. 1.
- 23 V. Zygmunt RYBICKY, *Regionalization in Economic Matters*, *cit.*, pp. 23 and ff.
- 24 V. T. BRENNAN, *Politics and Government in Britain*, Cambridge 1972, pp. 212 and ff.
- 25 V. Norma IZQUIERDO, *La Regionalización en materia económica*, *cit.*, p. 24.
- 26 Cf. Chi-YI CHEN y Ramón MARTÍN MATEO, *op. cit.*, p. 29.

In any case, by virtue of the development and extension of planning techniques in nearly all the countries of the western world, it may be said that economic regionalization, as a technique for the delimitation of national territory for the purposes of planning and territorial organization, is today universal practice.

But, undoubtedly, regionalization, originally of an exclusively economic character, has been transformed to the point that nowadays almost no experiences of purely economic regionalism can be found. Nowadays, it is normal to find in most countries examples of administrative regionalization in its most varied forms, and even political regionalization, or at least studies and projects for the introduction of it. The expectations placed in economic regionalization, conceived solely in terms of planning, have generally led to the search for adequate administrative formulae, different from traditional administrations, which tend to «manage» the new geographical unit, and in some cases to consolidate means of popular participation and representation in the new territorial division. Therefore, there is no doubt that administrative regionalization and political regionalization may be considered, in many cases, as the logical derivatives of economic regionalization.

II. ADMINISTRATIVE REGIONALIZATION

1. *The Impact of Regional Planning in Public Administration*

The development and utilization of the techniques of planning and of regional policy on the national level has, generally, led to the need for a readjustment, accommodation or redefinition of the organs of public administration which act on the regional level. The institutions of centralized public administration, in the face of the new geographical delimitations established for economic and social planning, have progressively had to adapt themselves to the «regions» to ensure the adequate execution of development plans. For that reason, it is indubitable that economic regionalization has led to the search for administrative regionalization, and, in many cases, for a regional administration²⁷.

But the impact of regional planning has not only made itself felt at the level of national public administration, but has also given rise to readjustments and reforms in traditional local administration with the purpose of adapting it to the new regional unit, and of its eventual participation in the regional administration. Therefore, the study of administrative regionalization, as a phenomenon of comparative administration and of comparative administrative law, must be focused separately on analyzing its significance in the national sphere and in the local sphere.

2. *The Region in the Sphere of Action of the Central Administration*

A. Regionalization of the National Public Administration

It is well known that the structure of public administration in all contemporary countries is the result of a long process of generally disorderly growth caused by the successive undertaking by the State, of tasks which were not previously entrusted to

27 Cf. P. VIOT, "Through Regional Planning towards Regional Administration", in E. KALK (ed.), *op. cit.*, pp. 83 and ff.

it; that is to say, it was caused by progressive state interventionism in economic and social life. As a result of that process of growth, and as a means to carry out the several activities entrusted to the various national administrative institutions, these institutions created independently their own geographical (regional or local) boundaries. In this way it is or has been generally accepted, in the early stages of the process of economic regionalization, that the planning regions are incompatible with the areas, zones or geographical limits of the various national administrations for education, health, social security, public works, police, etc. Therefore, any process of economic regionalization has implied a parallel process of adjustment among the areas or zones of action of the various national administrations²⁸; and often, as was the case in Venezuela, the process of administrative regionalization began with this need to adapt the organisms of the central administration to the general regional delimitation formulated for the purposes of the system of regional planning²⁹. Nevertheless, even though this process of adaptation does not extend to certain activities such as the administration of water resources, which have their own regional structure³⁰, or even though it has not been completely achieved in most countries³¹, it is indubitable that the process of regionalization of public administration, which arises as a consequence of economic regionalization, does not end there. The necessary and logical consequence of the standardization of the operations of the various national administrative on the level of generally established regions, is the need for coordination of their regional operations with a view to achieving the adequate execution of their plans.

B. The Coordination of the Actions of the Central Administration on the Regional Level

Indeed, it cannot be doubted that, once a scheme for economic regionalization for the purpose of planning has been planned and adopted, the tasks of the execution of the plans on a regional scale require concrete action from the various national administrations on a regional scale. In order that this be carried out, it proves to be the case that it is certainly not enough that all or nearly all the national institutions should define geographical areas or zones of action which are coextensive with the planning regions, but rather that the actions of all these institutions must obey the same regional policy. Economic regionalization, and its consequences in the administrative field, inevitably, therefore, necessitates the search for adequate mechanisms of administrative coordination on a regional level.

28 Cf. David DONNISON, "The Economics and Politics of the Regions", *The Political Quarterly*, vol. 45, n° 2, April-June 1974, p. 185; Luis COSCULLUELA MONTANER, *loc. cit.*, pp. 333 and ff.

29 V. CORDIPLAN, *Sistema nacional de planificación regional*, Caracas 1972; Comisión de Administración Pública, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Caracas 1972, Vol. I, pp. 400 and ff.

30 V. COPLANARH, *Plan nacional de aprovechamiento de los recursos hidráulicos*, Caracas 1971.

31 Cf. David DONNISON, *loc. cit.*, p. 185; A.F. LEEMANS, «Organizing the Regions», *Public Administration*, Vol. 47, autum 1969, p. 367.

In this field, comparative law and administration reveal the utilization of the most varied mechanisms of coordination, and perhaps amongst the most sophisticated must be pointed out those of certain British regions. For Northern Ireland, Scotland and Wales, there are three Ministers of State in the British Cabinet (one for each region) who are charged with carrying out the national executive functions in the regions³², although in the Report of the *Royal Commission on the Constitution 1969-1973* the designation of a minister for each of the English regions in the Department of the Environment was suggested³³. In the European experiences of regionalization, another figure which must be pointed out, by virtue of its basically coordinative functions on a regional level, is that of the Regional Prefect created in France in the administrative reform of 1964 and which has remained almost with the same character of a coordinating Prefect in the law of 1972 on the creation and organization of regions³⁴.

In Latin America, perhaps the most interesting experience in the field of regional coordination is the bodies known as Committees of Regional Government established in Venezuela on the level of each of the eight regions into which the country was divided. Though it is true that these committees are chaired by one of the Governors of the Federated States of which each region is composed, in fact in the functions mentioned above they act as agents of the National Power, since these committees must “coordinate the execution of the national policy of development and territorial organization, as established in the National Plan and by the instructions which the President of the Republic might give in this respect”³⁵.

Now, all purely administrative schemes of regionalization, which have emerged owing to the pressure of the economic demands of national planning, though in many cases they have led to a process of disconcentration of national power towards the regions, as a more or less uniform geographical unit for action, they have not generally led to the carrying out of a true process of territorial decentralization towards the region, or political regionalization. Thus it must be recognized that economic and administrative regionalization and their consequences for disconcentration, in fact, rather than reducing the politico-administrative centralization of the State, have often perfected and consolidated centralization. It is from this that the danger of economic and administrative neo-regionalism arises: the danger that behind a facade of disconcentration (which nevertheless is necessary) the need for decentralization of a territorial character may be forgotten. Therefore, it is necessary to analyze as a part of the experiences of administrative regionalization, the efforts at disconcentration made by the central administration towards the regions.

32 Cf. Lord KILBRANDON (chairman), *Royal Commission on the Constitution 1969-1973*, *cit.*, Vol. I, pp. 28, 41 and 55

33 *Idem*, Vol. I. pp. 302 and ff.

34 Cf. Maurice BOURJOL, *op. cit.*, p. 328; Antonio RISCO SALONOVA, *loc. cit.*, p. 60.

35 V. Artículo 5,1, Regulation on Administrative Regionalization, Decree n° 929 of 5 April 1972.

C. The Disconcentration of the Central Administration towards the Regions

It is indubitable that one of the general features of contemporary public administration, is the high degree of concentration of the powers exercised at the central levels of government. Therefore, an inevitable consequence of any effort to regionalize has been the attempt to ensure that the regional matters of the central administration should be decided at the regional level and not at the seat of the national government. Therefore, parallel to the standardization of the unit of regional action of the national administrative institutions, and parallel to the need for the coordination on a regional level of the activities of these institutions, there has arisen the need for the central administrations to delegate decisions in regional matters to their regional agencies. This has been inevitable since, without a minimum of decision making power at the level of the regional agencies of the central power, the attempts at coordination would have had no purpose. Coordination must really involve those who can make administrative decisions; if this is not the case, it is a question of no more than administrative contacts and relations, with no greater significance.

Thus it may be said that in any process of administrative regionalization there has been inevitably, to a greater or lesser extent, pressure to carry out an effective delegation of power or administrative disconcentration towards the regions. To a certain extent, the delegation of national powers towards the regions, was carried out to a certain degree of generality in the French experience of the 1960's, when the Regional Prefect was given a certain seniority over the officials in charge of services. For this reason, it has been said that the Regional Prefect, in having a certain autonomy in all that regards "the putting into practice of the policy of the Government concerning the economic development and territorial organization of his jurisdiction"³⁶, has become rather more than a Prefect charged with coordination, as the "sole depositary, in the department, of the authority of the State"³⁷. But regional delegation of powers or disconcentration does not only occur as being carried out towards a regional disconcentrated authority as has happened in France, but rather, in general, administrative disconcentration has been multifaceted, having been carried out by each Department or Ministry of the National Public Administration towards their regional agencies or administrations. Up to a certain point this has been the rule in comparative law and administration, both in the delegation carried out by the Ministries³⁸ and the national autonomous corporations³⁹ towards their regional agencies.

36 Article 2 of Decree n° 64251 of 14 March 1964 which refers to the organization of the services of the State in the regional jurisdictions.

37 Art. 1 of Decree n° 64250 of 14 March 1964 which refers to the Powers of the Prefects, to the organization of the services of the State in the departments and to administrative deconcentration. Cf. Maurice BOURJOL, *op. cit.*, p. 328; Antonio RISCO SALANOVA, *loc. cit.*, p. 61.

38 This is the case, for example, in England. Cf. Lord KILBRANDON (chairman), *Royal Commission on the Constitution 1969-1973, cit.*, Vol. I, pp. 63 and ff. In the case of Venezuela, the Statute of Administrative Regionalization of 1972 expressly demands

D. Functional Decentralization of the Central Administration towards the Regions

The tendency towards disconcentration to which any attempt at administrative regionalization gives rise, has, in some cases, reached the point of causing the utilization of forms of functional decentralization by the central administration towards the regions⁴⁰, by means of the creation in all the regions of public institutions or corporations for regional development. In the early days of regionalization, the creation of non-territorial public bodies to undertake the development of particular regions was, perhaps, the normal mode of operation, such as those cited with regard to the experiences of the *Compagnie Nationale du Rhône* in France, the Tennessee Valley Authority in the U.S.A., the *Cassa per il Mezzogiorno* in Italy, and the *Superintendencia de Desenvolvimiento del Nordeste* (SUDENE) in Brazil⁴¹. Likewise, in some cases the technique of isolated functional decentralization was used to deal with administration of urban regions, and perhaps the clearest examples of this have been the formulas for functional decentralization used in the Paris Region and in Madrid. In fact, since the creation of the District of Paris in 1959,⁴² and in the reorganization of the Region of Paris carried out by the law of 10 July 1964, that District was organized as an *établissement public* directed by officials designated by the Central Administration. Local representatives are marginal in the administration of the District⁴³. The same scheme has been used in the organization of the Spanish Metropolitan Areas, and particularly in the area of Madrid, created by the law of 2 December 1963. In this law, the Metropolitan Area of Madrid was organized as an autonomous body subject to ministerial supervision (*contrôle de tutelle*) according to the system which is characteristic of functional decentralization⁴⁴.

But, in using the technique of functional decentralization in the process of administrative regionalization, there have occurred in the contemporary world experiences which have extended the scheme to all the regions and not to an isolated Metropolitan Area or Region or to a particular region. Again, prominent examples

that "the Ministers will, as far as possible, delegate to the officials in charge of regional administrations or agencies responsibility for the matters which concern the Region" (Art. 28).

39 Cf. Sabino CASSESE, *Economic Regionalization, cit.*, p. 3; Lord KILBRANDON (chairman), *Royal Commission on the Constitution 1969-1973, cit.*, Vol. I, p. 64.

40 Of course, functional decentralization is restricted to a scheme of administrative regionalization, and is distinguished from territorial experiences which goes hand in hand with political regionalization.

41 Cf. Sabino CASSESE, *Economic Regionalization, cit.*, p. 3; Fernando ALBI, *La crisis del municipalismo*, Madrid 1968, pp. 384 and ff.; Chi-YI CHEN and Ramón MARTÍN MATEO, *op. cit.*, pp. 28 and ff.

42 V. Maurice BOURJOL, *Les districts urbains*, Paris 1983.

43 V. Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Areas metropolitanas y descentralización*, in S. MARTÍN-RETORTILLO *et al.*, *op. cit.*, p. 682.

44 *Idem*, pp. 667 and ff.

here are the recent French experience, brought into being by the law of 5 July 1972, and the scheme followed by Venezuela with the Corporations of Regional Development in the sixties.

In fact, contrary to the initial proposal of the Project of General de Gaulle's government which was put to a referendum in 1969⁴⁵, and which sought the creation of regions as *collectivites territoriales* (territorial decentralization), the law of 5 July 1972, which came into force on 7 October 1973, restricted itself to creating in each of the twenty-two regional jurisdictions an *établissement public* which was called a region⁴⁶. In this way, the technique of functional decentralization was adopted in creating in each region, public institutions with regional spheres of action, while respecting the territorial jurisdictions of the Departments and the *Communes*⁴⁷. The specific mission of the «regions» conceived in this way is to contribute to the economic and social development of the region. For this purpose the *region* is assigned functions of investigation, formulation of proposals for the coordination and nationalization of public investments in the region, and participation in the financing of collective services of regional interest⁴⁸. In fact, the region, constituted in this way, lacks powers of direct administration, and its functions are restricted to *participation* or *cooperation* in State actions for regional development, for the purpose of which the region can only adopt certain initiatives⁴⁹.

In accordance with the same technique of functional decentralization of the French regions after 1973, in Venezuela, during the 1960's, the technique of the autonomous institution created by national laws was progressively used to establish Corporations for Regional Development in five of the eight regions into which the country is divided for administrative purposes⁵⁰, but with their own powers of decision and, in many cases, with a considerable autonomy and financial capacity⁵¹. However, the Venezuelan Corporations for Regional Development, as autonomous institutions, are decentralized bodies of the central administration, and subject to its supervision, and have a regional sphere of action. This is the only factor which

45 V. J. L. BODIGNEL *et al.*, «La réforme régionale et le référendum du 27 avril 1969», *Cahiers de l'Institut d'Etudes Politiques de l'Université de Sciences Sociales de Grenoble*, n° 8, Paris 1970.

46 Article 1 of the Law of 5 July 1972 which refers to the creation and organization of the regions.

47 Cf. Antonio RISCO SALANOVA, *loc. cit.*, p. 79.

48 Article 4 of the Law of 5 July 1972.

49 Cf. Antonio RISCO SALANOVA, *loc. cit.*, p. 80.

50 In the 1960's the following were successively established: the *Corporación Venezolana de Guayana*, the *Corporación de los Andes*, the *Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana*, the *Corporación de Desarrollo de la Región Nor-Oriental* and the *Corporación de Desarrollo de la Región Centro-Occidental*. V. Norma IZQUIERDO, *La regionalización en materia económica, cit.*, p. 25.

51 Such has been the case, for example, with the *Corporación Venezolana de Guayana*, which has been charged with the task of establishing the basic industrial infrastructure of the country (steel, electricity, aluminum)

distinguishes them from the other functionally decentralized national public institutions⁵².

3. *The Region in the Sphere of Action of the Local Administration*

But the impact of formulas of regionalization of economic origin has not only made itself felt in national administrative structures, giving rise to schemes for disconcentration, coordination or functional decentralization, but has also had important repercussions in the sphere of local administration. For this reason, all the movements of local government reform of recent years, to a greater or lesser extent, have been influenced by the phenomenon of regionalization⁵³.

But undoubtedly, when analyzing the reforming effects of local government in comparative law, the problem posed is a different one according to whether it is a matter of a unitary State or a federal State, and according to whether the «concentrating» effects of regionalization affect the intermediate local politico-administrative bodies or the municipal bodies. Therefore, in this analysis it seems most convenient to establish this distinction.

First, however, it is necessary to point out that the common element in these formulas for regionalization is that they tend to create a region «from below», that is to say with the generally exclusive participation of the intermediate territorial bodies. This distinguishes these formulas for regionalization in the spheres of local administration, from those other formulas already analyzed which arise in the sphere of National Public Administration, and which give rise to formulas for regionalization “from above”.

A. **Regional Concentration of Intermediate Administration**

The geographical inadequacy of the intermediate levels of politico-territorial government and administration in unitary States, situated as they are between the lowest (municipal) level, and the national level, for participating adequately in the political, economic and social processes of the Nation, has led to the emergence in comparative law, of interprovincial associations or agreements for jointly attending to the most varied public interests, or it has led to the establishment of higher levels of a regional character.

In this sense, perhaps the most sophisticated figure of interprovincial agreement or pact is provided by the now purely historical experience of the *Mancomunidad de Cataluña*, formed in 1914 by the four Catalan provinces of Spain. This Union which had a general character, was established by means of process of concentration of the

52 It seems that it can be deduced from the Draft Regional Law, which was drawn up in Belgium before the resignation of the Government in January 1974, that the organization of the regions stipulated by the Constitutional Reform of 1970 would give rise to “decentralized and subordinate” institutions subject to the supervision of the Ministers. Cf. Francis DELPÉRÉE, *Le compromis régional, cit.*, p. 27.

53 Cf. L. J. SHARPE, “Regionalism and Local Government in Britain”, in E. KALK (ed.), *op. cit.*, p. 151 and ff.; H. G. LINDGREN, “Implications of a Reform of Local and Regional Government”, in E. KALK (ed.), *op. cit.*, pp. 175 and ff.

attributes of the Provincial Deputations in the Assembly of the Union. By means of the formation of this new «regional» level it was attempted, unfortunately without success, to initiate a process of decentralization, towards the new Union, of the functions of the central administration which were carried out in the Catalan provinces⁵⁴.

The technique of interprovincial agreements or pacts has, in any case, also been used in the contemporary world. In particular, in Poland, agreements between provinces have been used on a regional basis, giving rise, in some cases, to the creation of new bodies such as the Interprovincial Commission for Cooperation in Matters of Maritime Economy, established in 1963⁵⁵.

Agreements between intermediate local bodies on a regional scale have also taken place in Federal States. Particularly in these States, where the delimitation of jurisdictions between the national level and the federated States is so precise and exclusive, the need for joint treatment among federated States of various problems, has given rise to innumerable agreements and pacts between them. In this sense, the system of the United States of North America is a good example of efforts to treat uniformly, among the various States of the Union, problems and services, not only of an administrative character, but also of a legislative order⁵⁶. In this sense, the example of the North American federation in the approval of uniform interstate laws, without the intervention of the national levels, should be stressed⁵⁷.

In any case, it must be pointed out that in general, by virtue of national intervention in regional problems, the participation of the federated States in regional schemes in the majority of Federal States is carried out with the participation of the Federal Power. This happened, for example, in the recent forms of cooperation in the field of regional planning in West Germany, by means of integrated committees of regional planning⁵⁸.

B. The Concentration of Local-Municipal and Urban Administration and the Creation of Intermediate Levels

One of the direct consequences, as much of the phenomenon of regionalization, as of the utilization of the techniques of planning and territorial organization, has been that it has become evident that the lowest local levels of a municipal order are absolutely inefficient, not only for participating in the political, economic and social processes of the Nation and the Region, but also for managing their own local jurisdictions. Therefore, it may be said that it is a general tendency in comparative law and local administration to concentrate or amalgamate local municipal or

54 Cf. Enrique ARGULLOL MURGADAS, "Mancomunidades interprovinciales", in S. MARTÍN-RETORTILLO *et al.*, *op. cit.*, Vol. III, pp. 452 and ff.

55 V. Zigmunt RYBICKI, *Regionalization in Economic Matters, cit.*, pp. 25 and ff.; 29 and ff., and 39.

56 V. W. M. REISMAN, *Compacts: A Study of Interstate Agreements in the American Federal System, cit.*, pp. 10, 13, 17 and ff.

57 *Idem*, pp. 18 and ff.

58 V. Reiner SCHMIDT, *Regionalization in Economic Matters, cit.*

traditional communal bodies into territorial units of greater scope, and, therefore, with greater possibilities of assuring efficient administration and local government.

In this way, in nearly all European countries, there has occurred in recent years some sort of process of amalgamation of local bodies, particularly in Denmark, Sweden⁵⁹ and Great Britain⁶⁰, and in most European Socialist countries Bulgaria, Rumania, Yugoslavia, Czechoslovakia and Poland⁶¹. Moreover, it must be stressed that the reform of local government has also led to the search for new intermediate levels of a regional character, as has occurred in the case of the proposal for the creation of the English provinces⁶².

In any case, it must be pointed out that even without the implementation of reforms of local government and of the territorial sphere of the municipalities, comparative law reveals several experiences of concentration or of agreements between smaller territorial units for the purposes of regionalization. In West Germany, for example, the Planning Authority of the Ruhr is organized as an administration in which the municipalities of the region participate, but within the context of the administration of the *Land* of North Rhine Westphalia; identical Regional Planning Associations exist in another six *Länder*⁶³.

But it is indubitable that the experiences of regional concentration of local municipal administration of greatest interest and importance in the contemporary world, have arisen at the level of urban regions or of the city-regions. In this field, the juridical-administrative treatment of the Metropolitan Areas during the last decades⁶⁴ reveals examples of concentration of local urban units in a new

59 *V. E. KALK* (ed.), *op. cit.*, pp. 40, 41, 215 and ff.; *A. G. LINDGREN*, "Implications of Reform of Local and Regional Government", *Idem*, pp. 175 and ff.

60 *Cf. Lord REDCLIFFE-MAUD* (chairman), *Report of the Royal Commission on Local Government in England, cit.*, Vol. I.

61 *V. Zigmunt RYBICKI*, *Regionalization in Economic Matters, cit.*, pp. 11 and ff.; *J. JOZEFIDE*, "Territorial Administrative Reforms at the Local Level in the Socialist Republic of Rumania", in *E. KALK* (ed.), *op. cit.*, p. 181 and ff.; *M. KOVARIK*, "Central and Regional Government in Czechoslovakia", in *E. KALK* (ed.), *op. cit.*, pp. 165 and ff.; *W. KAWALEC*, "Regional Development and Planning in Poland", in *E. KALK* (ed.), *op. cit.*, pp. 253 and ff.

62 *Cf. Lord REDCLIFFE-MAUD*, (Chairman), *Report of the Royal Commission on Local Government in England, cit.*, Vol. I. This promise was not taken up by the government (*V. Local Government in England, Government Proposals for Reorganization, 1971, cit.*, p. 35), and was reformulated on regional criteria in 1973: *V. Lord KILBRANDON* (Chairman), *Royal Commission on the Constitution 1969-1973, cit.*, Vol. I, pp. 925 and ff.

63 *V. L. WIERLING*, "The Ruhr Planning Authority", in *E. KALK* (ed.), *op. cit.*, p. 117; *V. Association of German Counties*, "Regional Planning and Regional Autonomy in the Federal Republic of Germany", in *E. KALK* (ed.), *op. cit.*, pp. 224 and ff.

64 *V. in general*, the documents of the Congress of Toronto on the Problems of the Metropolitan Areas which took place on the Centenary of the Confederation: *Problemas de las áreas metropolitanas*, IEAP, Madrid 1969.

Metropolitan Authority, carried out without the participation of the national levels. One of the most outstanding applications of this formula of the so called metropolitan federations, has been the formation, by the city of Toronto and the twelve suburban municipalities which bordered on it, of the Municipality of Metropolitan Toronto, whose statutes were approved by the legislative assembly of the Province of Ontario. The new administration, which began to function in 1954, did not replace the thirteen municipalities of which it is composed; rather, it was established as a higher administrative level to which were transferred certain functions which were previously the duty of the thirteen municipalities⁶⁵. The federative formula for the administrative organization of large cities was, in any case, widely adopted in the United States of America throughout the first half of this century⁶⁶.

In Europe, amongst the attempts to establish metropolitan authorities at the initiative of urban municipal bodies without the intervention of national levels, that of the inter-municipal planning authority of the Metropolitan Area of Milan, which brings together ninety-two municipalities, should be pointed out⁶⁷. In Latin America, the attempt to use the municipal *Mancomunidad* to form metropolitan authorities has been made in several countries, particularly, in the Metropolitan Area of Caracas. The *Mancomunidad* for urban planning was established in 1972 by the municipalities which have jurisdiction in it, and has given rise to the signing of a general agreement in 1974 for the extension of the *Mancomunidad* scheme to all metropolitan services⁶⁸.

III. POLITICAL REGIONALIZATION

1. *Territorial Decentralization as a Goal of Regionalization*

The processes of regionalization, originally brought about by the demands of economic planning, have led not only to the establishment of formulas for the administration of the new geographical unit, but have also progressively led to the search for political solutions for the Regions. Economic regionalization, as has been said, has led to administrative regionalization, and the regional administration which this brings into being has created the need to structure regional government⁶⁹. For that reason we discuss here some aspects of political regionalization.

65 V. Winston W. CROUCH, "Metropolitan Government in Toronto", *Public Administration Review*, n° 85, Chicago 1954.

66 Cf. Fernando ALBI, *op. cit.*, pp. 372 and ff.

67 V. G. MAZZOCCHI, "The Intermunicipal Planning Authority in the Milano Metropolitan Area", in E. KALK (ed.), *op. cit.*, pp. 113 and ff.

68 V. Allan R. BREWER-CARÍAS, "El área metropolitana de Caracas y la cooperación internacional en materia de urbanismo", in *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, n° 35, Caracas 1967, pp. 49 and ff.

69 Cf. K. SIPPONEN, "From Regional Planning to Regional Government", and N. DESPICHT, "From Regional planning to Regional Government", in E. KALK (ed.), *op. cit.*, pp. 57 and ff., 65 and ff. respectively; Chi-YI CHEN and R. MARTÍN MATEO, *op.*

But in order to discuss political regionalization, in this context, we must make at least two points. On the one hand, contemporary political regionalization, originates in the requirements of contemporary planning, administration and local government, and, therefore, is not purely and simply a renewal of old style political «regionalism». This does not mean to say, however, that on some occasions political regionalization does not coincide with historically regionalist territorial boundaries. On the other hand, political regionalization always implies democratic participation in regional government, that is, it implies the existence of an elective regional assembly with regulatory powers and an elective regional government, which are not merely designated by the national levels. It is here that the distinction between political and administrative regionalization lies.

As a consequence of this last point, political regionalization is intimately linked to the process of territorial decentralization which has been initiated in some countries, and which, in any case, appears nowadays to be a necessity of the contemporary world. In this way, it can be said that political regionalization implies territorial decentralization, that is to say the creation of «territorial collectivities» on a regional level, with authorities elected by popular vote. For this reason, there cannot be political regionalization nor territorial decentralization without democratic representation⁷⁰. If this is lacking, as we have seen, there will be administrative regionalization, or, at the most, functional decentralization towards the regions.

Now, political regionalization, understood in this way, is seen, in the contemporary world, as a form of general reorganization of the intermediate «territorial collectivities» of a State, or of creation of a new level of territorial decentralization, or as a form of politico-administrative organization of the metropolitan areas. For this reason, it is convenient to analyze both phenomena separately in Comparative Law.

2. *The Regions as “Territorial Collectivities”*

Although the delimitation of new spheres of State activity of a regional character, with political autonomy, is a phenomenon with historical roots in political regionalism, it may be said that in the contemporary world it has been reformulated, influenced, undoubtedly, by economic and social needs besides political needs.

A first attempt at regional formulation of intermediate territorial bodies can, undoubtedly, be found in the nineteen autonomous Regions of Italy, created by the Constitution of 1948, and not organized until 1970⁷¹. Although the Italian Regions do not generally coincide with the regions of economic and social

cit., pp. 34 and ff. Norma IZQUIERDO, *La regionalización en materia económica, cit.*, p. 22.

70 Cf. Luis COSCULLUELA MONTANER, “La Región”, in S. MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, p. 317.

71 V. Sabino CASSESE, *Economic Regionalization, cit.*, p. 4.

planning⁷², and did not do away with the traditional local bodies (Provinces and Municipalities)⁷³, one can see in them, particularly since 1970, the beginnings of an effort at territorial decentralization, although of limited scope. The Region in Italy, in any case, emerges as an autonomous territorial unit, governed by a Regional Council, which is elected by direct vote, and which has its own legislative powers⁷⁴. However, in the economic field, these legislative powers are restricted, since they only extend to agricultural activities, as the Regional Councils have no legislative powers in regard to industry⁷⁵. Moreover, in the field of urban planning and regulation of the use of urban land, although the Regional Councils have power to legislate, this power is subject to the national provisions laid down in a *Legge quadro*⁷⁶; and, in any case, in spite of territorial decentralization of powers toward the regions, this is limited by the fact that the regional statutes that the Regional Councils draw up must be approved by the National Parliament⁷⁷. Therefore, political regionalization in Italy may still be considered an unfinished and incomplete process⁷⁸ in which the Regions still cannot completely carry out their primary function of a legislative character⁷⁹.

Within the same context of political regionalization, in contrast with what was laid down in the French law of 5 July 1972, with regard to the creation and organization of the regions which was discussed earlier, the Projected Law of Regional Reform, approved by the Council of Ministers of France 24 March 1969, and subjected to a referendum, together with the project for the reform of the senate, on 27 April 1969 (with negative results), can be considered as an attempt to carry out a policy of territorial decentralization⁸⁰. It must be remembered that, in fact, Article 1 of the draft law of reform of the regions defines these regions as *collectivités territoriales spécialisées*⁸¹, and that Article 1 of the Projected Law which was submitted to a referendum, and which modified Article 72 of the Constitution, listed the regions as *collectivités territoriales* together with communes, departments and overseas territories⁸². However, as has been pointed out, this

72 The sphere of the *Cassa per il Mezzogiorno*, for example, covers all of Southern Italy, including 8 regions and part of another 2. V. Sabino CASSESE, *Economic Regionalization, cit.*, p. 3.

73 V. Luis COSCULLUELA MONTANER, *loc. cit.*, p. 355.

74 Articles 117 and 121 of the Constitution. The Regional Council chooses the Junta and its President from amongst its members.

75 V. Sabino CASSESE, *Economic Regionalization, cit.*, pp. 5 and ff.

76 V. Paolo TESAURO, *Regional Regulatory Power in the field of Land use, cit.*, pp. 3 and ff.

77 V. Sabino CASSESE, *Economic Regionalization, cit.*, p. 6.

78 *Idem*, p. 11.

79 V. Paolo TESAURO, *Regional Regulatory Power in the field of Land use, cit.*, p. 1.

80 Cf. J. L. BODIGNEL *et al.*, «La réforme régionale et le référendum du 27 avril 1969», *cit.*

81 *Idem.*, p. 485.

82 *Ibidem.*, p. 503.

attempt to formulate regionalization in France as political regionalization did not succeed since the law of 1972 was restricted to carrying out administrative regionalization by means of using the formula of functional decentralization.

In the field of projects for the establishment of general political regionalization, that formulated in England by the *Royal Commission on Local Government in England* should be pointed out⁸³. The Commission proposed in its report the division of England into eight provinces, equivalent to the regions of economic planning⁸⁴. Each Province was to have its own Provincial Council, although these were to be composed of members designated by lower level local authorities⁸⁵. In any case, the British government did not adopt the proposed creation of provinces⁸⁶ and the recent Report of the *Royal Commission on the Constitution 1969-1973*⁸⁷ rejected any proposal for territorial decentralization on a regional level⁸⁸, as has been suggested by some⁸⁹. This has not prevented, however, the acceleration of the process of territorial decentralization in other regions outside England, as has occurred in Northern Ireland by means of the 1973 Constitution. Nor has it prevented the Report of the Royal Commission itself from proposing similar schemes of «devolution» in Wales and Scotland⁹⁰.

Finally, we should point out, again in Europe, the recent reform of the Belgian Constitution of 1970 which creates three Regions as intermediate territorial collectivities between the Provinces and the State, with authorities elected by popular vote⁹¹. The constitutional formula of 1970, in any case is not only general and ambiguous⁹², but also, similar to what happened in the case of the Italian regions, it requires for its implementation an Act of Parliament which must be passed by a special majority, the obtaining of which runs the risk of being even more difficult than that which must be obtained in the proceedings for revision of the Constitution itself⁹³. With good reason, then, it has been said that the only thing

83 Chaired by Lord REDCLIFFE-MAUDE, 1989.

84 To which it must be added, in Great Britain, the regions of Wales, Northern Ireland and Scotland.

85 *V. Local Government Reform* (short version of the Report), London 1989 (Cmnd. 4039), p. 9. Cf. Peter G. RICHARDS, *The Reformed Local Government System*, 1973, pp. 48 and ff.

86 *V. Local Government in England*, Government Proposals for Reorganization, *cit.*, p. 11.

87 Chaired by Lord KILBRANDON.

88 *V. Royal Commission on the Constitution 1969-1973*, *cit.*, Vol. I, pp. 486 and ff.

89 Cf. J. P. MACKINTOSH, *The Devolution of Power*, 1968, who proposes the establishment of Regional Parliaments, p. 200.

90 *V. Royal Commission on the Constitution 1969-1973*, *cit.*, Vol. I, pp. 335 and ff.

91 *V. Francis DELPÉRÉE, Le compromis régional*, *cit.*, pp. 10-13.

92 *Idem.*, p. 10.

93 *Ibidem.*, p. 6.

the Constitution has stipulated is the “obligation” to create the regions, the implementation of which is far from being achieved⁹⁴.

3. *City-Regions as “Territorial Collectivities”*

We pointed out earlier that one of the phenomena of the contemporary world which is of the greatest importance for present-day civilization is the organization of large cities. In a world which is subjected to a progressive process of urbanization, the great urban centers have become the source of all sorts of problems, one of which is that of their organization and administration. Various formulae have been thought out in this sense, some of which we have referred to. However, not all have succeeded in solving the need for the political participation of the citizen in the management of the affairs of the large city.

Moreover, the present-day large city overcomes completely the traditional concepts of the municipality and, therefore, its administration and management have necessitated that traditional formal schemes be changed⁹⁵. The mere fact that the urban unit of the large metropolitan areas and their zone of influence in a great number of cases constitute in themselves a region, within the regional distribution of a country, has established, therefore, the urgent need for the formulation of new and different alternatives for the juridical-politico-administrative treatment of these city-regions. These alternatives have been based on the conjunction of the following factors in the first place, the total inadequacy of the municipal-urban levels for the solution of metropolitan problems; in the second place, the large and expanding area occupied by the city; in the third place, the position of the city in the framework of a complex of interrelations with a zone or area under its influence which demands a treatment which goes beyond the urban sphere and falls into the regional sphere; in the fourth place, the need to ensure the permanence of local government and of the participation of the citizen in it; and in the fifth place, the need to firmly establish at the new level of the city region the necessary decentralization of functions which have been progressively assumed by the central powers owing to the inadequacy of the traditional urban organizational schemes.

In this way, comparative law reveals a definite process of reorganization of the large cities, thus ensuring the element of territorial decentralization which has generally led to the creation of a new “territorial collectivity”. Therefore, these experiences are distinguished from the organization of the Metropolitan Areas by means of formulas of functional decentralization or intermunicipal association, such as those already analyzed. These formulas do not have the structure of politico-urban regionalization, but rather of urban administrative regionalization.

Among the experiences revealed by comparative law, it is indubitable that the organization of the London region should be pointed out, not only because London

94 *Ibidem.*, pp. 10 and ff. In 1973, the government had prepared a Draft Regional Law which in any case, did not obey the principles of territorial decentralization that the Constitution of 1970 seems to embody, and which organized the regions as bodies subordinated to the central government and lacking legislative power, having only regulatory power. *Ibidem.*, p. 27.

95 Cf. Fernando ALBI, *La crisis del municipalismo*, cit., pp. 211 and ff.

is the largest urban agglomeration of Europe, but also because the London Government Act of 1963 was the first attempt at the global reformulation and organization of a Metropolitan Area with a regional perspective⁹⁶. As established by the Report of the Royal *Commission on Local Government in Greater London 1957-1960*⁹⁷, the entire area of Greater London would be under one authority, the Greater London Council, without losing sight of the fact that the objectives of “administration” and “participation”, that is to say, efficiency and democracy should be present in its organization⁹⁸. For this purpose it was necessary to completely reformulate the problem of the city and its organization. A result of this was the replacement of the one hundred and eighteen heterogeneous local authorities which existed before 1963 by a Greater London Council and thirty-two London Borough Councils as secondary level local bodies, that is to say, the constitution of new “territorial collectivities” for the city-region and for the local levels. The scheme for the reform of Greater London was used in the proposal reorganization of another six English Metropolitan Areas, in which were established, in 1971, the Metropolitan District Councils, and, as secondary level local bodies, the District Councils⁹⁹.

In Europe, other solutions to the need for administrative integration of the Metropolitan Areas, without rejecting direct election of the new authorities, have occurred in cities such as Rotterdam, although without such a complete reform of the already existing local bodies as was carried out in Greater London¹⁰⁰. In any case, in most other European solutions to the organization of large cities, leaving aside those which have been solved by a merely administrative organization or by the organization of an intermunicipal association, the complete satisfaction of the needs of local government has not been achieved, as only a system of indirect election of the authorities of the Metropolitan Area has been established, as in the case of the Corporation of Greater Hanover in Germany¹⁰¹.

CONCLUSION

From the above analysis of regionalization in economic matters in comparative law, it is indubitable that we may retain as our fundamental conclusion the fact that any process of regionalization initiated only from the angle of economic policy and planning (economic regionalization) leads, sooner or later, to a greater or lesser extent, to experiences of administrative regionalization or of regional administration.

96 V. Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *loc. cit.*, pp. 683 and ff.

97 V. Sir E.S. HERBERT (chairman), *Royal Commission on Local Government in Greater London 1957-1960*, Report, London 1960 (Cmnd. 1164), pp. 182 and 192.

98 Cf. Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *loc. cit.*, p. 688.

99 Cf. Lord REDCLIFFE-MAUD (chairman), *Local Government Reform* (Short Version), *cit.*, p. 6; *Local Government in England. Government Proposals for Reorganization* (White Paper), *cit.*, p. 9; Richard BUXTON, *Local Government*, 1973, pp. 254 and ff.

100 V. A. W. JOOLEN, “Regional Government in the Rotterdam Area”, in E. KALK (ed.), *op. cit.*, pp. 126 and ff.

101 V. H. WEYL, “The Greater Hannover Corporation”, in E. KALK (ed.), *op. cit.*, pp. 227 and ff.; A. F. LEEMANS, *loc. cit.*, p. 372.

It is indubitable that the demands of economic planning, policy, and development are restricted by an administrative structure and organization which are not adapted to these demands. Therefore, any serious attempt at economic regionalization implies administrative regionalization.

But experiences of administrative regionalization or regional administration, although they may be considered as the basis for the initiation of a process of decentralization of the State, if they are not accompanied by an adequate political process of territorial decentralization, can undoubtedly constitute sources of greater centralization of the State disguised as disconcentration. Therefore, if a process of regionalization presents real formulas for decentralization, inevitably the need will arise to complement it with formulas of local democracy which ensure for the citizens the political possibility of participating in regional processes. Regionalization, territorial decentralization, and local democracy appear to be, then, all elements of a process of reorganization of the State in the contemporary world which cannot be ignored.

Therefore, although the title of our subject in this Congress referred only to a “regionalization in economic matters”, it has turned out to be inevitable to enter into considerations of its immediate consequence (administrative regionalization) and its indirect consequence (political regionalization).

§ 4. LA DÉCENTRALISATION TERRITORIALE. AUTONOMIE TERRITORIALE ET RÉGIONALISATION POLITIQUE

**Rapport Général au *XI^{ème} Congrès
international de droit comparé, Académie
internationale de droit comparé,
Caracas, août-septembre 1982***

INTRODUCTION

Dans la conclusion du Rapport général que nous avons présenté sur le sujet «La régionalisation en matière économique» au IX^{ème} Congrès international de droit comparé, qui s'est tenu à Téhéran en 1974 nous avons souligné:

Le fait que tout processus régionalisateur, entamé uniquement sous l'angle de la politique et de la planification économique (régionalisation économique), débouche, tôt ou tard, et à un degré plus ou moins important, sur des expériences de régionalisation administrative ou d'administration régionale. Les impératifs de la planification, de la politique et du développement économique se heurtent indubitablement à des limitations dues à une structure et une organisation administrative qui ne sont pas adaptées à ceux-ci. De ce fait, toute tentative sérieuse de régionalisation économique implique une régionalisation administrative.

Mais il est indubitable que les impératifs de régionalisation administrative ou d'administration régionale, même s'ils peuvent être considérés comme base pour amorcer le processus de décentralisation de l'État, peuvent constituer des sources de renforcement de la centralisation de l'État, sous couvert de déconcentration, s'ils ne sont pas accompagnés d'un processus de régionalisation instaure véritablement des formules de décentralisation, apparaîtra inévitablement la nécessité de les étayer par des formules de démocratie locale

qui assurent aux citoyens la possibilité politique de participer aux processus régionaux. Régionalisation, décentralisation territoriale et démocratie locale semblent être, donc, autant d'éléments d'un processus de réorganisation de l'Etat dans le monde contemporain qui ne peut pas être négligé¹.

Ce processus de réorganisation de l'Etat-Nation que nous préconisons en 1974 s'avère être aujourd'hui, sans aucun doute, non seulement un impératif des plus clairs dans le présent et le futur des Etats contemporains, mais aussi un phénomène récent issu d'une série d'expériences politiques, à l'étude comparative desquelles, ce Rapport général est consacré². C'est pourquoi le sujet qui a été fixé pour ce XI^{ème}

-
- 1 V. Allan BREWER-CARIÁS, «Regionalization in Economic Matters in Comparative Law», in *Rapports Généraux aux IX Congrès International de Droit Comparé*, Téhéran, 27 sept.- 4 oct. 1974. Bruxelles, 1977, pp. 669 a 696 publié en espagnol in *Cuadernos de la sociedad venezolana de Planificación* n° 124-127, Caracas 1975, pp. 45 a 69, et in Allan R. BREWER-CARIÁS et Norma IZQUIERDO, *Estudios sobre la regionalización en Venezuela*, Caracas 1977, pp. 193 a 219
 - 2 Pour rédiger cet Rapport général, l'auteur n'a reçu que les rapports nationaux suivants, indiqués par ordre alphabétique des pays:
 - ARGENTINE: Jorge Reinaldo VANOSSI, *Teoría política y federalismo en la Argentina*, 56 pp. (mimeo)
 - BELGIQUE: François PERIN, *La nouvelle subdivision du Royaume: Les communautés, et les régions*, 47 pp. (mimeo)
 - BRESIL: Manoel GONCALVES FERREIRA FILHO, *O Estado fédéral brasileiro*, 17 pp. (mimeo)
 - CHILI: Hernan MOLINA GUAITA: *La región en la Constitución chilena de 1980*, 19 pp.
 - ETATS-UNIS: Albert BLAUSTEIN, «The New Nationalism» in *Law in the USA for the 1980*, 1982, pp-377 a 388.
 - FRANCE: Jérôme CHAPUISAT; *La décentralisation territoriale; Autonomie territoriale et régionalisation politique*, 19 pp. (mimeo)
 - HONGRI: Otto BIHARI, *La décentralization territoriale. L'autonomie territoriale et la régionalisation*, 26 pp. (mimeo).
 - ITALIE: Sergio BARTOLE, *Relations between State and Régions*, 17 pp. (mimeo). Giuseppe VOLPE, *Internal Organization of Régions*, 14 pp. (mimeo)
 - REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE ALLEMANDE: Wolfgang WEICHEL, *Territorial Decentralisation, Territorial Autonomy and Political Regionalisation GDR*, 13 pp. (mimeo).
 - REPUBLIQUE FEDERALE ALLEMANDE: Ulrich BEYERLIN, *Territorial Decentralisation, Territoriale Autonomie und Politische Regionalisierung. Landesbericht für die Bundesrepublik Deutschland*, 30 pp. (mimeo).
 - SUISSE: Martin USTERI, *Grundlagen der Demokratie und des Federalismus im Alpenraum aus Schweizerischer Sicht*, 17 pp. (mimeo).
 - VENEZUELA: José María FRANCO, «Estado federal y derecho regional», 130 pp. (mimeo) publié in *El Derecho Venezolano de 1982*, Ponencias venezolanas al XI

Congres International de Droit Comparé a été «La décentralisation territoriale. Autonomie territoriale et régionalisation politique».

Ce changement d'optique, en tout cas, est tributaire des différentes réalités historiques qui sont intervenues dans l'aménagement territorial des Etats contemporains. A partir des années cinquante, la conduite de l'économie et la planification, imposèrent la nécessité de la régionalisation économique; la décennie des années soixante et une partie des années soixante-dix furent témoins de l'instauration de plans à caractère administratif liés au développement régional qui produisirent des expériences de régionalisation administrative dans le monde entier; la fin des années soixante-dix et le début de la décennie actuelle ont été caractérisés par la consolidation de formules politiques nouvelles, qui se sont substituées à un l'Etat unitaire traditionnel, et qui ont été qualifiées de formules propres à un Etat régional. On est passé, ainsi, de la seule déconcentration économique et de la décentralisation administrative qui s'en est suivie à une nouvelle décentralisation politique, comte résultat de la crise actuelle de l'Etat centraliste.

Mais avant de procéder, à l'étude comparative de ce phénomène de décentralisation politique dans les Etats contemporains, nous devons faire une précision terminologique pour situer les paramètres de notre étude comparative. Le sujet du Congrès se réfère à trois phénomènes politiques et constitutionnels, qui tournent autour d'une seule idée: la décentralisation politique.

En effet, la décentralisation territoriale est une expression qui s'oppose à la décentralisation fonctionnelle. Les deux impliquent un processus de distribution des pouvoirs ou de transfert des compétences entre divers sujets de droit. Cependant, la différence entre les deux décentralisations réside en ce que dans là décentralisation territoriale le transfert de compétences ou la distribution du pouvoir se réa lise entre personnes politique-territoriales, qui configurent la division politique-territoriale d'un pays. C'est pourquoi la décentralisation territoriale présuppose l'existence de collectivités politique-territoriales dans un Etat, soit comte Etat membre d'un Etat fédéral, soit comme régions politiques ou autonomes au sein d'un Etat unitaire décentralisé ou encore comme simples Municipalités ou Communes, comme unités politiques qui peuvent être récipiendaires du transfert de compétences ou de la répartition du pouvoir. La décentralisation fonctionnelle ou par services, en revanche, s'opère sous la forme d'un processus de transfert de compétences de l'Etat central vers des entités administratives autonomes ou des établissements publics qui continuent à faire partie de l'Administration publique de l'Etat central³. C'est pourquoi la décentralisation territoriale est toujours une décentralisation politique et, en revanche, la décentralisation fonctionnelle est toujours une décentralisation

Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas 1982, UCV, Caracas 1982, pp. 395 à 485.

3 V. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Caracas 1987, p. 105.

administrative, même si cette dernière se réalise au moyen de la création d'établissements publics dans des régions déterminées⁴.

Quant à l'autonomie territoriale, elle est le résultat de la décentralisation territoriale. En effet, une conséquence de la décentralisation, aussi bien administrative que politique, est l'autonomie des organismes décentralisés, à un stade plus ou moins poussé, selon le pouvoir plus ou moins large dont disposent les organismes en question et le degré de contrôle qu'ils subissent⁵. Ainsi, l'autonomie territoriale est la conséquence de la décentralisation politique et implique, avant tout, la possibilité pour les organismes décentralisés de se doter eux-mêmes de leur propre ordre juridique, c'est-à-dire, de tenir, dans les matières de leur ressort, des pouvoirs législatifs déterminés au sein de la juridiction territoriale respective. Mais du fait qu'il s'agit d'une autonomie territoriale, cela implique aussi un principe d'auto gouvernement, conséquence même de la décentralisation politique; c'est à dire que les institutions décentralisées choisissent leurs organismes politique-représentatifs. C'est pourquoi, en définitive, l'autonomie territoriale est le résultat de la décentralisation politique.

Enfin, en ce qui concerne la régionalisation politique, comme on dit, cette idée s'oppose à la régionalisation économique ou purement, administrative. La régionalisation politique implique l'établissement de collectivités politique-territoriales dans les régions, sur la base d'un principe de représentativité démocratique et d'auto gouvernement. C'est pourquoi, la régionalisation politique est, elle-même, un résultat de la décentralisation politique dans les Etats unitaires, sur la base des régions. De là vient la dénomination d'Etat régional pour ces formes d'Etat intermédiaire entre les classiques Etat unitaire et Etat fédéral qui se sont instaurés progressivement sur la base des Régions ou Communautés autonomes.

Voilà pourquoi décentralisation territoriale, autonomie territoriale et régionalisation politique sont les éléments d'un phénomène commun: la décentralisation politique des Etats nationaux centralisés.

C'est pourquoi dans les lignes qui suivent nous allons essayer d'étudier comparativement le processus de décentralisation politique en tant que phénomène contemporain, produit de la crise de l'Etat centralisé et ses différentes modalités résultant de l'application de ses principes: l'autonomie politique et ses degrés; le système de distribution de compétences entre les diverses entités politiques au sein des Etats décentralisés; les ressources financières des entités en question et leur mode de distribution, et les garanties institutionnelles de l'autonomie politique-territoriale.

4 Par exemple, les régions françaises reconnues comme établissements publics en 1972 et les Corporations de Développement régional installées dans les régions administratives vénézuéliennes comme instituts autonomes. V. Allan R. BREWER-CARÍAS, «La regionalización en materia económica en el derecho comparado», *loc. cit.*, p. 61

5 V. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Introducción al estudio de la organización...*, *op. cit.*, p. 108.

I. LA DÉCENTRALISATION POLITIQUE COMME PHÉNOMÈNE ET IMPÉRATIF CONTEMPORAIN

L'objet de notre étude, en ce qui concerne la décentralisation politique, touche sans aucun doute à l'un des principes de base du constitutionalisme moderne: le principe de l'organisation ou distribution du pouvoir politique dans les Etats. Ce principe essentiel du constitutionalisme deux connotations également fondamentales dans l'organisation de l'Etat: l'organisation ou distribution du pouvoir de façon *horizontale*, conduisant au système de séparation des pouvoirs en les trois catégories classiques: législative, exécutive et judiciaire, avec leurs conséquences dans le système de gouvernement; et l'autre, l'organisation ou distribution du pouvoir de façon *verticale*, conduisant à la forme des Etats, et parmi eux les formes classiques d'Etat unitaire ou Etat fédéral.

Ce principe, comme tous ceux qui forment le constitutionalisme moderne⁶ et ont été déformés au cours de l'évolution politique des deux derniers siècles, est en pleine crise, et cela a conduit, surtout à l'actuelle crise que traverse l'Etat national centralisé.

1. *La crise de l'Etat national centralisé*

En effet, on peut dire de l'Etat national centralisé, en tant que schéma d'organisation politique du pouvoir, qu'il est un produit du centralisme bureaucratique sur le fondement duquel s'est élevé la structure de l'Etat de Droit qui est issu de la Révolution française. Libéralisme et centralisme bureaucratique furent ainsi les bases sur lesquelles l'Etat national centralisé s'est constitué durant tout le siècle passé, et cela a rendu possible; sans aucun doute, le développement des sociétés contemporaines. Ce schéma, en outre, fut celui qui, permit la consolidation de l'interventionnisme et le développement du dirigisme comme philosophie d'action politique contemporaines.

Il ne faut pas oublier, en outre, que ce fut précisément le modèle de l'Etat centralisé qui a permis que les privilèges de l'Ancien Régime, au nom de la, liberté et de l'égalité, passent aux mains de l'Etat et cessent d'être l'apanage de classes déterminées. C'est pourquoi la Révolution française n'a pas démonté la structure de l'Etat monarchique mais, au contraire, l'a renforcée -pour assurer l'égalité- dans l'Etat centraliste bureaucratique, dont les corps représentatifs sont de surcroît passés, du fait du suffrage censitaire, sous le contrôle de la nouvelle classe dirigeante: la bourgeoisie.

La praxis a trahi les principes libéraux qui structurèrent le nouvel Etat post-révolutionnaire, et, paradoxalement, c'est seulement du fait de la formation de l'Etat centralisé au siècle dernier que le libéralisme a pu se développer. La même contradiction entre les principes et la réalité politique est ressortie lors des grandes révolutions politiques du siècle présent: la doctrine communiste recommande le démantèlement de l'Etat centralisé bureaucratique. et libéral, qui devait disparaître et être remplacé par une dictature du prolétariat dont le modèle, était l'expérience de la Commune de Paris: Cependant, la praxis de l'implantation du nouveau modèle de

6 V. l'exposé de Jorge Reinaldo VANOSI, *Rapport Argentine*, p. 2.

société communiste, au contraire, a exigé un centralisme accru de l'Etat en vue duquel l'action politico-économique a déterminé son propre schéma: le centralisme démocratique⁷.

Mais on peut dire que le schéma de l'Etat national centralisé, au stade actuel de l'évolution politique des sociétés contemporaines, a déjà rempli son rôle. Actuellement, c'est un schéma en crise qui ne satisfait pas les exigences croissantes de participation politique à une démocratie pluraliste des diverses communautés d'un pays; et qui, pour le développement des sociétés contemporaines, n'est déjà plus un système administratif efficace pour permettre la satisfaction des besoins collectifs et la prestation des services publics d'une manière adéquate aux exigences sociales croissantes⁸.

C'est pourquoi l'Etat national centralisé est en crise sur le plan politique et administratif, et les expériences politiques comparées montrent des efforts de décentralisation politique, comme nouvelles formes d'organisation du pouvoir politique, qui se substituent aux formes, classiques du siècle passé.

2. La crise des formes classiques de l'Etat et le dépassement de la dichotomie: Etat unitaire-Etat fédéral

Pendant des années la théorie constitutionnelle a montré, en étudiant l'organisation verticale du pouvoir, que les formes classiques de l'Etat sont celles de l'Etat unitaire et celles de l'Etat fédéral, basées sur la différence fondamentale qui consiste en ce que dans le premier schéma existe un système unique d'institutions politiques constituantes et de gouvernement et que dans le second schéma, en revanche, existe, un système de multiples entités politiques autonomes constituantes et de gouvernement. On peut dire cependant que cette dichotomie classique n'a jamais existé dans la pratique avec des critères et des frontières précises. Ainsi, on peut dire qu'il n'a jamais existé d'Etat unitaire pur, sans aucune espèce d'institution décentralisée, ni qu'il n'a jamais existé un Etat fédéral pur, complètement décentralisé. C'est pourquoi la crise de l'Etat national centralisé a provoqué la crise aussi bien des formes classiques d'Etat unitaire que l'Etat fédéral, car les deux ont été le support de celui-ci.

Cette crise des formes classiques de l'Etat ressort du double processus contradictoire-selon lequel elle s'est opérée: l'Etat unitaire tend de plus en plus à se décentraliser mais sans arriver au schéma idéal et inexistant du fédéralisme classique; et l'Etat fédéral s'est caractérisé par un processus de centralisme sans parvenir non plus à l'extrême de l'Etat unitaire, et commence à retourner, à présent, vers de nouvelles formes de décentralisation: En tout cas, dans toute organisation

7 Cf. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Fundamentos de administración pública*, Vol. I, Caracas 1980, p. 80.

8 Cf. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Estudio Preliminar» in Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (ed.), *La distribución de competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española*, Madrid 1980, pp. 14; et Luis COSCULLUELA MONTANER, «Las vertientes del regionalismo» in R. CALVO *et al.*, *Las autonomías regionales*, Informes al Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid 1977, pp. 215 et ss.

politique agissent ces deux forces et mouvements centripètes et centrifuges qui provoquent, dans chaque pays et en accord avec les réalités historiques, économiques et sociales, l'arrivés à un point d'équilibre. C'est pourquoi on peut dire que le signe contemporain de l'évolution de l'Etat semble être une convergence vers des solutions d'organisation politique décentralisées similaires: les Etats unitaires tendent, se régionaliser et les fédéralismes, après s'être centralisés, en reviennent; à suivre des schémas décentralisateurs⁹.

C'est pourquoi, actuellement, on peut dire que la division bipartite classique entre Etat unitaire et Etat fédéral ne reflète pas des catégories définies avec précision de forme d'Etat, car il est finalement inutile, face aux nouvelles formes de décentralisation politique d'Etats traditionnellement unitaires, de discuter du fait de savoir s'il s'agit d'une forme d'Etat unitaire décentralisé ou d'un Etat fédéral lorsque, j'insiste sur ce point, ces schémas classiques n'existent pas sous leurs formes théoriques dans la réalité actuelle¹⁰. Il y a de nos jours des organisations politiques plus ou moins décentralisées comme schéma de distribution du pouvoir sous la forme verticale et à l'intérieur de cette gamme il peut, sans aucun doute advenir -et cela advient- que des Etats unitaires décentralisés ou Etats régionaux, seraient plus décentralisés politiquement que de vieux Etats fédéraux aujourd'hui hautement centralisés.

3. *Le centralisme des vieilles fédérations*

La Fédération, comme forme d'Etat où se structure une division verticale du pouvoir politique, basée sur des entités territoriales autonomes (Etats membres) dotés de pouvoir constituant, est né comme une solution empirique et *ad hoc* de transaction d'intérêts politiques, qui permette de concilier l'autonomie des provinces disséminées aux quatre coins du territoire des Etats-Unis d'Amérique et la nécessité de renforcer l'Union ou le Pouvoir central, pour s'en tenir au seul domaine de ses fonctions¹¹. L'évolution ultérieure de cette nouvelle forme d'Etat, intermédiaire entre elles qui étaient autrefois classiques, la Confédération des Etats et l'Etat unitaire, va se développer selon un processus politique mitoyen dominé par les deux mouvements politiques mentionnés; le centrifuge et le centripète, lequel caractérise toutes, les fédérations ultérieures, avec un triomphe des forces centripètes, donnant lieu aux Fédérations centralisées de l'époque actuelle, avec de nouvelles, tendances à la décentralisation.

9 Cf. Pedro DE VEGA GARCÍA «Poder constituyente y regionalismo» in Gumersindo TRUJILLO (ed.), *Federalismo y Regionalismo*, Madrid 1979, p. 355 et ss.; Antonio LA PÉRGOLA «Federalismo y regionalismo: el caso italiano», *idem* p. 168 et ss.; J. Reinaldo VANOSSI, *Rapport argentine*, p. 4.

10 Cf. Juan FERRANDO BADÍA, *El Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional*, Madrid 1978, p. 23

11 Cf. M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid 1958, p. 215; J. Reinaldo VANOSSI, *Rapport argentine*, p. 4.

En effet, en dépit du fait que la Fédération, en tant que formule théorique, a été considérée comme un système avancé de décentralisation politique¹², dans la pratique et dans la réalité des Fédérations contemporaines sont toutes relativement centralisées. D'autre part, on ne peut pas dire qu'il y ait un seul et unique type d'Etat fédéral. A l'heure actuelle la majeure partie de la surface de la terre est réglée par des Etats à forme fédérale, et tous ont des particularités qui leur sont propres¹³. Cependant, la caractéristique commune de toutes ces structures fédérales concrètes est, peut-être, leur tendance au centralisme, c'est à dire, au renforcement et à la fortification politique des niveaux fédéraux face aux Etats membres.

De multiples facteurs sont entrés en jeu dans ce processus de centralisation des Etats fédérés, et parmi eux il faut souligner les facteurs économiques et politiques.

Par exemple, ce qui a provoqué le processus centralisateur aux Etats-Unis d'Amérique, c'est la réserve au niveau fédéral des pouvoirs fondamentaux d'imposition et d'intervention dans l'économie et le commerce, et les restrictions imposées aux Etats. Cela s'est manifesté d'ailleurs, par l'interprétation et l'application de la Constitution découlant de la pratique constitutionnelle, et qui a conduit à différents principes fondamentaux du fédéralisme américain: la clause de la suprématie du droit fédéral sur celui des Etats membres la théorie des pouvoirs implicites qui a déterminé les limites jusqu'ou s'étend cette suprématie; et la clause de commerce, dont l'interprétation extensive a laissé entre les mains du pouvoir fédéral la réglementation quasi complète et exclusive non seulement du commerce mais de l'économie du pays¹⁴. Le centralisme de la Fédération nord-américaine, en outre, tire ses motivations politiques du renforcement du Pouvoir Exécutif fédéral, basé sur le système présidentiel, et ce précisément dans une nation qui a joué et qui joue un rôle essentiel dans la politique mondiale. Au Canada, la Fédération a également eu ses grandes lignes centralistes, fondées en particulier sur son genre

12 L'affirmation de Hans Kelsen, par exemple, est devenue classique: «L'Etat fédéral est un état qui se caractérise par sa décentralisation en forme spéciale et de degré plus élevé, qui se compose d'unités membres dominées par cet état mais qui possèdent une autonomie constitutionnelle et prennent part à la formation de la volonté fédérale, se distinguant ainsi, de toutes les collectivités publiques inférieures». V. son livre: *Teoría general del Estado*, Trad. L. Legaz LACAMBRA, Barcelona 1934, p. 225, México 1957, p. 254. De son côté, Maurice DUVERGER, dans son livre *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Barcelone 1962, affirme que «le fédéralisme (est) une décentralisation très avancée», p. 75.

13 Nous signalons uniquement que la Fédération est la forme politique de tous les grands Etats du Continent américain; Canada, Etats-Unis, Mexique, Vénézuéla, Brésil et Argentine.

14 V. Luis ORTEGA ÁLVAREZ, «La division de compétences économiques aux Etats-Unis» in Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (ed.), *La distribución de competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el derecho comparado y en la Constitución española*, cit. p. 45 a 70

particulier de répartition des compétences, consistant à distribuer au niveau fédéral, contrairement à la majorité des Fédérations, les compétences résiduelles¹⁵.

En Allemagne, en dépit de la répartition formelle des compétences entre le niveau fédéral et les Lander, qui situe les compétences résiduelles à ce niveau, la tendance centralisatrice a conduit à une position prédominante du Bund sur les Lander, aussi bien en matière économique qu'en matière législative¹⁶, et au développement de compétences fédérales implicites basées non sur le schéma nord-américain des pouvoirs implicites mais sur le principe de «nature de la matière»¹⁷. On observe une tendance centralisatrice identique dans la Confédération helvétique, qui est en réalité un Etat fédéral, par le canal du développement de pouvoirs implicites dans la Confédération découlant de l'interprétation du texte constitutionnel, ainsi que du fait de l'accumulation de pouvoirs économiques au niveau fédéral¹⁸.

Cette tendance centralisatrice des Fédérations s'accroît dans le cas de l'Autriche, dans la Constitution de laquelle apparaît, à l'origine, le schéma d'un «fédéralisme limité» ou «fédéralisme unitaire», dans lequel la Fédération a une position prédominante, du fait d'être favorisée par la répartition des compétences, avec la réserve intégrale des pouvoirs juridictionnels¹⁹.

Les Fédérations latino-américaines ont aussi souffert, à un degré important, de ce processus centralisateur et c'est pourquoi on a parlé à juste titre des «Fédérations centralisées d'Amérique Latine»²⁰; La tendance centraliste a conduit ainsi à une prépondérance du Pouvoir central dans toutes les Fédérations latino-américaines sur les Etats Membres. C'est ainsi qu'on parle, en Argentine, d'«asservissement des autonomies provinciales» par le gouvernement central²¹; de la «prééminence

-
- 15 V. Santiago MUÑOZ MACHADO «La distribution des compétences économiques au Canada» in Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (ed.), *La distribución de competencias económicas... cit.* p. 91.
- 16 V. Ulrich BEYERLIN, *Rapport allemand fédéral*, p. 2; Luciano PAREJO ALFONSO, «Las competencias constitucionales económicas en Alemania Federal» in Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (ed.) *La distribución de las competencias económicas... cit.* p. 157.
- 17 V. Luciano PAREJO ALFONSO, «Las competencias constitucionales en Alemania Federal», *loc. cit.* p. 165.
- 18 V. Luciano PAREJO ALFONSO, «Las competencias constitucionales económicas en Suiza» in Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (ed.), *La distribución de competencias económicas, cit.*, pp. 106, 116 et 143.
- 19 V. Luciano PAREJO ALFONSO «Las competencias constitucionales económicas en Austria» in Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (ed.), *La distribución de las competencias económicas, cit.*, p. 221.
- 20 V. Williams S. STOKES «The Centralized Federal Republic of Latin America» in Peter G. SNOW, *Government and Politics in Latin America*, NY
- 21 V. Silvio FRENDEZI, «El federalismo en la República argentina» in *Los sistemas federales del continente americano*, UNAM, México 1972, p. 111.

évidente de la Fédération» dans l'Etat brésilien²² qui l'assimile plus à un Etat unitaire décentralisé en dépit' d'une tradition fédéraliste²³; et de l'insertion d'éléments centralisateurs dans la structure fédérale de l'Etat mexicain, comme marque de centralisation ou le facteur économique a été d'une importance primordiale²⁴.

Dans le cas du Vénézuéla, notre Fédération aussi est centraliste, par l'accumulation progressive de compétences au niveau central, y compris celle de caractère économique et judiciaire et l'absence de compétences des Etats membres. Même l'interprétation on, face aux compétences résiduelles des Etats, de pouvoirs implicites au niveau national (fédéral) a été possible du fait de la clause générique établissant que relève de ce niveau tout ce qui est national par son caractère ou sa nature. (Art. 136, 25 de la Constitution)²⁵.

Mais la tendance au centralisme a aussi été un trait caractéristique des Fédérations socialistes. Dans tous ces pays, l'importance politique de l'économie comme principe organisateur socialiste, et qui, du fait de reconnaître la diversité des régions d'un pays, permet le développement organisé et centralisé de l'économie planifiée dans le cadre de toute la Nation. Les Fédérations de l'URSS, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie obéissant ainsi à cette caractéristique centralisée, dérivée du principe susmentionné de centralisme démocratique. A cela il faut ajouter, comme agent centralisateur, le système de parti unique, «dont l'organisation centralisée contrebalance les libertés conférées aux entités fédérales»²⁶.

4. *Les nouveaux fédéralismes*

De ce qui a été exposé précédemment il ressort avec évidence, donc, que la Fédération classique n'existe pas et n'a peut avoir jamais existé nulle part au monde²⁷. C'est pourquoi, l'on a affirmé, à juste titre, que «le Fédéralisme vieux style est mort»²⁸ et à sa place ont surgi des fors de distribution verticale du pouvoir

22 V. Luis PINTO FERREIRA, «Le système fédéral brésilien» in *Los sistemas federales del continente americano, cit.*, p. 216

23 V. Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Rapport brésilien*, p.16 et 17.

24 V. Jorge CARPIZO, «Sistema federal mexicain» in *Los sistemas federales del continente americano, cit.*, pp. 466 et 543.

25 V. Allan R. BREWER-CARIÁS, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, Madrid 1975, pp. 415 et ss; et *Política, Estado y Administración Pública*, Caracas 1978, pp. 125 et ss; V. Humberto J. LA ROCHE, y «El federalismo en Venezuela» in *Los sistemas federales del continente americano, cit.*, p.648.

26 V. M.A. KRUTOGOLW et M.A. SHAFIR, «La Unión Soviética, Estado Socialista Federado» in *Federalismo europeo*, UNAM, Vol. I, México 1979, pp. 62,9 et 107; Viktor KNAPP «El federalismo en Checoslovaquia» in *Federalismo europeo, cit.*, p. 9 et 11, Boris T. BLAGOJEVIC, «Problemas actuales del federalismo yugoslavo» in *Federalismo europeo, op. cit.*, p.164.

27 Juan FERRANDO BADÍA, *El Estado unitario... cit.*, p. 109

28 V. Michael D. REAGAN et John G. ZANZONE, *The New Federalism*, New York-Oxford 1981, p. 3.

déguisé en fédéralisme, mais qui rapprochent les Etats fédéraux des formules d'Etat unitaires décentralisés.

Dans de nombreux cas, la tendance à la centralisation des Fédérations a donné le jour à un «Fédéralisme de coopération» ou «fédéralisme coopératif»²⁹ selon lequel aussi bien la Fédération que les Etats membres assument des tâches communes. Il s'agit de la faillite du système traditionnel de répartition de compétences et sa substitution par un système de collaboration ou de co-participation entre le niveau fédéral et celui des Etats membres dans la réalisation des seules et même tâches publiques de manière simultanée et conjointe.

Comme l'ont indiqué Michael D. Reagan et John G. Zazone dans leur livre *The New Federalism*³⁰:

Old-style federalism is a legal concept, emphasizing a constitutional division of authority and functions between a national government and state governments, with both levels having received their powers independently of each other from a third source «the people». New-style federalism is a political and pragmatic concept, stressing the actual interdependence and sharing of functions between Washington and the states and focusing on the leverage that each actor is able to exert on the other³¹.

En d'autres termes,

The difference between old-style and new-style federalism can be summed up this way: Old-style federalism describes a nonrelationship between the national and state governments, and new-style federalism refers to a multifaceted positive relationship of shared action. The meaning of federalism today lies in a process of joint action, not in a matter of legal status. It is not a matter of what governments are, but of what they do. It is a matter of action rather than structure³².

29 Cf. SERRAT. *Rapport sur le projet de loi relatif aux droits et liberté des communes des départements et des régions*, n° 33, 22-10-81, p. 23, et les références: in le livre d'Eduardo GARCIA DE ENTERRIA ed.), *La distribución de las competencias económicas... cit.*, p. 143. (Suisse); 209 (Allemagne); 222 et 245 (Autriche).

30 New York-Oxford 1981.

31 «Le fédéralisme de vieux style est un concept légal qui insiste sur une division constitutionnelle d'autorité et de fonctions entre un gouvernement national et les gouvernements des Etats, ayant reçu, les deux niveaux, leurs pouvoirs en forme indépendante l'un de l'autre d'une troisième source: le peuple. Le fédéralisme de nouveau style est un concept politique, et pragmatique qui souligne l'interdépendance effective de fonctions partagées entre Washington et les Etats et qui vise à la mutuelle influence que chaque acteur est capable d'exercer sur l'autre», *op. cit.*, p. 3.

32 «La différence entre le fédéralisme de vieux et de nouveau style peut se résumer de cette manière: le fédéralisme de vieux styla décrit une non-relation entre le gouvernement national et celui des Etats, et le Fédéralisme de nouveau style se réfère à une relation positive multiforme d'action partagée Le sens du fédéralisme aujourd'hui réside dans un processus d'action commune, et non dans une question de statut légal. Il

Cette formule de fédéralisme coordonné, partagé ou coopératif qui engendre des relations intergouvernementales dynamiques, est peut être aujourd'hui le trait caractéristique des Fédérations contemporaines, après avoir subi le processus centralisateur qui leur est commun. C'est peut être dans la consolidation de ce système de coopération que réside la clé de la nouvelle décentralisation que les Fédérations essaient de réaliser pour parvenir ainsi à l'équilibre désiré entre les forces centrifuges et centripètes dans l'organisation de l'Etat.

5. *La décentralisation des Etats unitaires*

Mais le jeu de ces forces et le processus centralisation-décentralisation s'est opéré aussi dans les Etats unitaires. Dans ceux-ci la tendance a été à la décentralisation.

En effet, de même que nous avons dit que la Fédération, comme formule maxima de décentralisation politique, n'existe pas, de même nous pouvons affirmer que la formule de l'Etat unitaire ou existe un seul et unique centre de pouvoir et de gouvernement n'existe pas non plus.

L'Etat unitaire s'est structuré à l'avènement de l'Etat moderne et s'est consolidé avec la Révolution française ou la centralisation fut l'instrument de la destruction des corps intermédiaires et des privilèges et, à la foi, le moyen de maintenir au pouvoir la bourgeoisie.

Cependant, au four et à mesure que la démocratie se démocratisait, la démocratie pluraliste transforma les vieux Etats unitaires, et provoqua donc l'apparition de niveaux inférieurs de pouvoir au plan local; la démocratie impliqua ainsi, la décentralisation des Etats Unitaires³³, à tel point qu'on peut toujours distinguer au sein de ceux-ci un degré de décentralisation locale, au sens de l'existence de collectivités politique-territoriales mineures: municipalités ou communes, dotées d'autonomie politique-territoriale.

Mais les exigences propres de la démocratie pluraliste ont provoqué la nécessité d'établir un système politique ou structure d'Etat, qui rapproche davantage les institutions politiques des citoyens, et qui assure la participation démocratique à différents niveaux territoriaux et non seulement au plan local. De même, la satisfaction des besoins collectifs dans des sociétés industrialisées et urbains complexes a démontré, l'insuffisance de l'Etat centralisé pour agir de façon adéquate sur tout le territoire. De là vient qu'il y ait eu une tendance générale, dans tous les Etats unitaires, à l'apparition de niveaux intermédiaires déconcentrés (Régions ou Départements) pour l'action nationale et la gestion des affaires publiques. Au départ il s'est agi d'un processus économique ou administratif (régionalisation économique et administrative) et progressivement cela s'est transformé en un processus politique³⁴.

ne s'agit pas de savoir que sont les gouvernements, mais de. savoir que font les gouvernements. C'est une question d'action plus que de structure», *op. cit.*, p. 170

33 Cf. Juan FERRANDO BADÍA, *El Estado unitario... cit.*, p. 65.

34 V. Allan R. BREWER-CARIAS, «Regionalisation in Economic Matters», in *Rapports Généraux au IX Congrès international de Droit Comparé*, Téhéran 1974, *cit.*

C'est pourquoi le signe caractéristique contemporain des Etats unitaires est celui de leur régionalisation politique, engendrant une nouvelle forme d'Etat qui commencé à se profiler: celle de l'Etat régional.

II. LA FORMULE DE L'ETAT REGIONAL

Différentes conceptions ont été formulées pour identifier l'Etat régional, et toutes sont issues de la dichotomie traditionnelle: Etat fédéral-Etat unitaire. Ainsi, les uns envisagent l'Etat régional relié à l'Etat fédéral, comme une forme plus ou moins avancée de décentralise; d'autres estiment que l'Etat régional est un Etat unitaire décentralisé; et, en une troisième position, d'autres estiment qu'il s'agit d'une réalité juridico-politique indépendante, intermédiaire entre l'Etat unitaire et l'Etat fédéral³⁵.

Cette approche du problème n'est en réalité pas exacte, car comme cela a été démontré, il n'existe pas, dans la pratique politique, de conception pure de l'Etat fédéral ni de l'Etat unitaire. Au contraire, les fédérations se sont centralisées et les Etats unitaires se sont décentralisés, et la réalité prouve que dans toutes les expériences d'Etats régionaux ceux-ci sont nés de vieux Etats unitaires.

En tous cas, ce qui caractérise les Etats régionaux est le fait que, en plus du niveau national qui conserve le pouvoir constitutif unique, et du niveau local (municipal), sont apparues des unités politique-territoriales autonomes intermédiaires, produits de la décentralisation politique, dotées d'autonomie territoriale. Ces unités territoriales intermédiaires se caractérisent par le fait d'avoir une autonomie politique, avec pouvoir législatif régional, dont les organes sont élus par vote populaire, ce qui matérialise la démocratie régionale³⁶.

1. Antécédents

La première expérience historique de l'Etat régional fut l'«Etat intégral» établi dans la constitution espagnole de 1931 et qui, comme l'a exprimé le Professeur Jiménez de Azua, Président de la Commission de la Constitution, se présente, face à l'antithèse Etat unitaire-Etat fédéral, comme une forme intermédiaire qui cherchait à

Diminuer les résidus de souveraineté des Etats fédéraux jusqu'à d'une part la faire remplacer par une large autonomie politique-administrative et, de l'autre, accentuer la nouvelle décentralisation administrative des provinces, jusqu'à la transformer pratiquement en autonomie politique-administrative... Comparé à l'Etat unitaire, l'Etat intégral a l'avantage, dans notre cas, d'être compatible, sans les imposer, avec différents degrés d'autonomie régionales, qu'elles soient requises ou spontanées, ceci joint à un régime de liens avec d'autres territoires nationaux non préparés pour de telles formes d'autarcie. Et comparé à l'Etat fédéral, il a l'avantage de permettre, sans être dénaturé pour autant, l'existence

35 En général, v. Juan FERRANDO BADÍA, *El Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional*, cit., p. 142 et ss. et 192 et ss.

36 Cf. Juan FERRANDO BADÍA, *El Estado unitario... cit.*, p. 185

de ces territoires, liés par une étroite dépendance politique-administrative à l'Etat...³⁷.

L'Etat intégral de la République espagnole a été interprété doctrinalement par le Professeur G. Ambrosini, qui fut Président du Tribunal Constitutionnel italien en 1933³⁸, comme un Etat intermédiaire entre l'Etat fédéral et l'Etat unitaire, ou plus exactement comme un «Etat décentralisé politiquement» ainsi que l'a qualifié A. Amorth³⁹.

2. *L'Etat régional italien*

Les premières réglementations de l'Etat régional furent achevées dans le texte de la Constitution italienne en 1947, quoique ce soit seulement à partir du début des années soixante-dix qu'il se concrétise et se structure réelle et politiquement. Ce texte établit une division de l'Etat italien en Régions autonomes, politiquement parlant, avec des pouvoirs législatifs propres et des organes représentatifs élus. Les articles 114 à 133 de la Constitution italienne, comme l'a souligné Enrique Argüello Murgadas⁴⁰, établissent la Région comme une entité représentative dont les organes sont le Conseil Régional, un Bureau et un Président élus par le Conseil. A la Région s'est octroyé un pouvoir législatif concurrent pour un ensemble de questions énumérées avec précision, et un pouvoir législatif consistant à appliquer les lois de l'Etat quand il sera prévu. La Région a, de même, des pouvoirs administratifs dans les matières elle a des compétences législatives. La Région a, en outre, toute autonomie quant à l'émission de son propre statut, ce qui est prouvé par la loi de la République. République. De même, la Constitution établit une autonomie financière pour les régions.

Par ailleurs, la Constitution prévoit un système de contrôle de l'activité des Régions: le pouvoir législatif par le canal de la Cour Constitutionnelle; l'activité administrative par celui d'une commission déconcentrée régie par voie législative, et l'activité politique par un Commissaire du Gouvernement. Il a été prévu en outre, la dissolution du Conseil régional. Enfin, la Constitution attribue à la Région la possibilité de participer à l'élection du Président de la République et à présenter des projets de Loi aux Chambres parlementaires de la République. Le Sénat, de surcroît, doit être choisi sur la base des circonscriptions à caractère régional⁴¹.

37 Discours du Président L. JIMÉNEZ DE AZÚA, in le *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, (27-VIII-1931), pp. 644 et 645, cit. par Juan FERRANDO BADÍA, *El Estado unitario...*, cit., p. 161.

38 V. G. AMBROSINI «Un tipo intermedio de Stato fra l'unitario e il federale caratterizzato dall' autonomia regionale» in *Revista di diritto pubblico*, 1933, p. 93 et ss.

39 Cit. par Juan FERRANDO BADÍA, *El Estado unitario...* cit., p. 177

40 V. Enrique ARGÜELLO MURGADAS, *La vía italiana a la autonomía regional*, Madrid 1977, p. 56 et ss.

41 Cf. Sergio BARTOLE y Giuseppe VOLPE: *Rapport italien*.

3. *L'Etat de communautés et de régions en Belgique*

La formule de l'Etat régional comme instrument de décentralisation politique s'est appliqué également en Belgique. L'Etat unitaire traditionnel de ce pays, moyennant la réforme constitutionnelle de 1970, a commencé un processus de décentralisation politique en établissant l'engagement de créer trois régions comme collectivités politique-territoriales, et trois communautés culturelles. Les régions étaient la Wallonie, la Flandre et celle de Bruxelles, et les Communautés culturelles: la Française, la Hollandaise et l'Allemande.

Ce système n'a cependant été développé que politiquement moyennant la réforme constitutionnelle de 1980, laquelle a hérité la même division du pays en deux structures politiques distinctes et parfois superposées: les Communautés et les Régions.

En ce qui concerne les communautés, la Constitution a établi que la Belgique comprend trois communautés: la communauté française, la communauté flamande et la communauté de langue allemande, ayant chacune la personnalité juridique et les attributions reconnues par les constitutions et par les lois⁴².

En réalité seule deux de ces communautés ont été structurées: la Française et la Flamande et leur territoire est celui de la région de langue française et celui de la région de langue hollandaise. Quant à la Communauté de langue allemande, elle ne possède qu'un Conseil culturel organisé depuis 1973.

Dans ce schéma, les deux grandes communautés structurées ont une assemblée parlementaire (Conseil) et un pouvoir exécutif formé par le Conseil qui fonctionnent moyennant-un régime parlementaire. La Constitution établit une série d'attributions aux communautés qui sont régies par des décrets ayant force de loi⁴³.

Parallèlement à la structure de communautés autonomes, la réforme constitutionnelle de 1970 avait établi que la Belgique comprenait trois régions: la région Wallonne, la région Flamande et la région de Bruxelles⁴⁴. L'organisation de ces régions avait été laissée à une Loi du Parlement et ce ne fut qu'après 10 ans d'essai, en août 1980, qu'a été prise la première loi d'application partielle de l'article 107 de la Constitution.

Conformément à la situation actuelle, seule une région a été organisée politiquement: la région Wallonne. Quant à la région flamande qui comprend le territoire linguistique hollandais, elle a été absorbée par la Communauté flamande avec laquelle elle partage les mêmes organes. La région de Bruxelles n'a pas encore été établie.

De son côté, la région Wallonne a une assemblée parlementaire dénommée Conseil régional Wallon et un pouvoir exécutif régional Wallon et il faut souligner

42 Art. 3 de la Constitution belge

43 V. François PERRIN, *Rapport belge*, pp. 10 et ss.

44 Art. 107 de la Constitution belge

que son territoire n'est pas égal au territoire de la communauté française car il englobe, outre celui-ci, le territoire de la communauté de langue allemande⁴⁵.

Il faut également signaler que la structure politique-territoriale de la Belgique répond, sans doute, à un processus de décentralisation politique monté sur deux réalités distinctes: les communautés et les régions, avec des organes propres élus et des attributions déterminées de caractère législatif et exécutif, pour la réglementation et l'administration de tâches qui leur ont été assignées par la Loi du Parlement.

4. *L'Etat de Communautés Autonomes espagnol*

La Constitution espagnole de 1978 a établi une organisation territoriale de l'Etat non seulement en municipalités et provinces mais en «Communautés Autonomes».

Il s'est établi ainsi en Espagne, un Etat autonome ou de communautés autonomes, qui répond au schéma de l'Etat régional comme formule de décentralisation politique avancée et qui, s'était commencé à établir bien avant la promulgation de la Constitution, moyennant la concession des dénommées «pré-autonomies» à diverses régions espagnoles, par le biais de décrets royaux pris sur la base de critères politiques de situation de crise.

La Constitution de 1978, en tout cas, a établi la division du territoire espagnol en Communautés autonomes qui se constituèrent en ouvrant ainsi le dénommé «processus auto-économique» qui a conduit à l'établissement de Communautés Autonomes sur tout le territoire espagnol, régies, chacune, par leurs statuts respectifs d'autonomie, élaborés par les organes représentatifs de la future communauté et approuvés par Loi des Cortes.

Conformément au système, les Communautés Autonomes se présentent comme entités territoriales décentralisées, avec des fonctions législatives et administratives qu'elles exercent sur un ensemble d'attributions que prévoit l'article 148 de la Constitution et qui doivent être fixées dans les statuts d'autonomie respectifs. La Constitution prévoit, en outre, des matières qui relèvent de la compétence exclusive de l'Etat (national) (article 149), lesquelles peuvent être cependant transférées par Loi aux Communautés Autonomes⁴⁶.

Vu que le processus autonome s'est réalisé isolément en ce qui concerne chaque communauté autonome, la Constitution a prévu la possibilité pour l'Etat de pouvoir dicter des lois qui établiraient les principes nécessaires visant à harmoniser les dispositions normatives des Communautés autonomes, même dans le cas de

45 V. François PERRIN, *Rapport belge*

46 Sur le processus économique espagnol, v. T. R. FERNÁNDEZ (ed.), *Las autonomías regionales*, Informes al Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid 1977; Gumersindo TRUJILLO (ed.), *Federalismo y regionalismo*, Madrid 1978; Juan FERRANDO BADÍA, *El Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional*, Madrid 1978; Juan FERRANDO BADÍA, «Teoría y realidad del Estado Autonomo» in *Revista de política comparada*, n° III, 1980-81; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (ed.), «La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado» in *La Constitución Española*, Madrid 1980.

matières attribuées à la compétence de celles-ci, lorsque l'intérêt général l'exige ainsi (art. 150). Sur la base de cette prévision, les *Cortes* espagnols ont sanctionné en juin 1982 la Loi organique d'harmonisation du processus autonome (LOAPA)⁴⁷ avec laquelle on prétend réordonner l'Etat des Autonomies espagnoles, développé au cours des quatre dernières années.

5. *La régionalisation politique de la France et l'Etat régional*

L'une des politiques fondamentales formulées par le Président Mitterrand pendant sa campagne électorale, a été celle de la décentralisation politique de l'Etat français. De là que l'un des projets de loi présenté, en 1981, à l'Assemblée nationale, par le gouvernement, a été le projet de loi relatif aux droits et libertés des Communes, des Départements et des Régions⁴⁸ ainsi que le projet de loi établissant le statut particulier de la Région Corse. Les deux lois ont été sanctionnées en février 1982 et soumises au Conseil constitutionnel qui les a trouvées conformes à la Constitution⁴⁹.

Ainsi, la Loi No. 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et aux libertés des Communes des Départements et des Régions a été publiée le 3 mars 1982⁵⁰. Cette loi, à part la réforme du régime local, en supprimant la tutelle *a priori* en matière administrative, financière et technique des communes et en la substituant par un contrôle *a posteriori* de caractère juridictionnel, a établi une nouvelle collectivité territoriale en France, la région comme entité décentralisée politique-territorialement, gouvernée par des organes élus au moyen de suffrage universel. C'est ainsi donc qu'apparaît, en France, la formule de l'Etat régional en divisant l'Etat en régions, considérées comme collectivités territoriales, administrées par un Conseil régional élu moyennant, le suffrage universel direct et avec des compétences pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la région et l'aménagement de leur territoire⁵¹.

En tout cas, les régions continueront, tant que n'aura pas lieu la première réunion des Conseils régionaux élus moyennant le suffrage universel sous la forme que déterminera une future loi, à être comme actuellement, des établissements publics régis par la Loi No. 72-619 du 5 juillet 1972 avec les amendements de la

47 V. le texte dans le journal *La Vanguardia*, Barcelona, jeudi 1er. juillet 1982 p. 8 et ss.

48 V. le *Rapport* du Député Alain Richard sur le projet, dans *Assemblée Nationale*, n° 237 Annexe au procès verbal de la séance du 24 juillet 1981, 2 tomes, 119 et 64 p. respectivement, ainsi que le *Rapport* du Sénateur Michael GIRAUD sur le Projet, dans *Sénat*, n° 3, Annexe au procès verbal de la séance du 22 octobre 1981, 2 Vol. 149 et 351 pp. respectivement.

49 V. les décisions in le *Journal Officiel de la République Française* du 27-2-82, p. 696 et 697, et du 3-3-82, p. 759 et 760.

50 V. le *Journal Officiel de la République Française*, du 3-3-82, p. 730 a 747, avec des rectifications au Journal Officiel du 6-3-82.

51 V. Jérôme CHAPUISAT, *Rapport français*, p. 11 et ss. V. également J. CHEVALIER *et al.*, *Le pouvoir régional*, Paris 1982 et l'édition spéciale sur la «décentralisation» de la *Revue Actualité Juridique, Droit administratif*, Mai 1982

nouvelle loi No. 82-213 du 2 mars 1982, dans un schéma de régionalisation administrative et non politique. La réforme régionale française, par conséquent, n'est plus maintenant qu'un engagement législatif qui paraît difficile de pouvoir être observé immédiatement.

6. *Autres expériences de régionalisation politique*

La transformation des Etats unitaires européens classiques en Etats régionaux, dans tous les cas, a été précédée par la concession d'autonomie politique à des régions déterminées de pays ayant des caractéristiques spéciales. Par exemple, ce fut le cas de l'Italie avec l'autonomie politique Régions de statut spécial de Sicile, Sardaigne, Trentino-Friuli-Venecia Julia. Le fait s'est également présente en Espagne avec les régions de Catalogne et le Pays basque et en France, avec la région de Corse.

D'autres pays européens ont également établi dès aspects spécifiques de gouvernement régional autonome pour des régions déterminées comme cela s'est produit au Portugal ou la, Constitution de 1976 établit une décentralisation politique pour les Régions des Iles Açores et Madère.

CONCLUSION

On peut dire, sans doute, que la crise de l'Etat national, dans le monde contemporain, a provoqué l'apparition de formules de décentralisation politique qu'on retrouve, tant dans les Etats fédéraux que dans la nouvelle modalité des Etats régionaux.

Dans tous ces processus de décentralisation politique, on peut dire que se présentent à un plus haut ou moindre degré, les éléments essentiels de cette décentralisation comme technique politique: l'autonomie politique-territoriale des entités décentralisées; un système déterminé de distribution de compétences entre les diverses entités politiques de l'Etat et, en particulier, des compétences en matière économique et financière entre ces entités et quelques garanties institutionnelles pour la défense de l'autonomie.

En ce qui concerne l'autonomie politique-territoriale des entités décentralisées, elle doit, pour exister, se caractériser en démontrant qu'elle n'est pas seulement une autonomie politique mais aussi législative, administrative et tributaire.

En effet, il est nécessaire, avant tout, de convenir que le processus de décentralisation politique est une technique de perfectionnement de la démocratie, en la rendant plus participative et représentative. C'est pour cela que les formules de décentralisation politique impliquent toujours que la nouvelle entité régionale jouisse d'autonomie politique c'est à dire, qu'elle soit gouvernée et administrée par des organes élus au suffrage universel et direct. Ces organes doivent avoir, en outre, une autonomie législative et administrative pour le gouvernement des matières propres de la compétence régionale, laquelle doit être exercée sans contrôle de tutelle de la part de l'Etat national et soumis au contrôle juridictionnel. Le domaine de l'autonomie politique-territoriale est, évidemment, conditionné par les modalités de contrôle établies à la charge de l'Etat national et ici également se présente la relation traditionnelle de l'autonomie en droit public: à plus grande autonomie, contrôle' moindre, et, au contraire, à une autonomie moindre, un plus grand contrôle,

§ 4. DÉCENTRALISATION TERRITORIALE ET RÉGIONALISATION POLITIQUE.
XI CONGRÈS, CARACAS, 1982

En dernier lieu, les organismes décentralisés doivent avoir, comme faisant partie de leur autonomie, une certaine modalité d'autonomie financière, dans le sens qu'ils doivent bénéficier de ressources propres, y inclus de celles de caractère tributaire.

Cet aspect de la distribution de compétences tributaires est peut-être, sans doute, le plus important dans toute formule de décentralisation fédérale ou régionale car c'est de cette distribution qui dépend que l'autonomie soit ou non réelle et effective.

En, tout cas, l'effectivité de l'autonomie politique-territoriale des organismes, décentralisés, dépendra réellement du système de distribution de compétences entre les divers niveaux de l'Etat. L'autonomie devient inutile, comme cela ce passé avec les Etats membres de beaucoup de Fédérations contemporaines si la matière sur laquelle elle peut s'exercer n'existe pas. D'où l'importance du système de détermination et de distribution de compétences.

On peut distinguer plusieurs modalités de distribution verticale de compétences: compétences exclusives de l'Etat national ou fédéral, compétences exclusives des régions autonomes et des Etats membres d'une fédération; compétences concurrentes entre les divers niveaux territoriaux; compétences résiduelles pour les Etats membres d'une Fédération dans la plus part des Etats fédéraux ou pour l'Etat national dans certains Etats régionaux; compétences implicites pour l'Etat National ou fédéral.

En tout cas, l'énumération des compétences des Régions dans les expériences des Etats régionaux est, peut-être, la caractéristique commune de ces expériences politiques contemporaines.

Mais, en particulier, l'effectivité de l'organisation verticale du pouvoir dans les formules de décentralisation, qui combine l'autonomie régionale avec l'intégrité de l'Etat, exige une distribution précise de compétences en matière économique entre les organismes publics. Cet aspect, et la concentration de ces compétences au niveau fédéral ont contribué à la centralisation des Fédérations; de là viennent les formules de concurrence et de co-participation entre l'Etat national et les régions politiques, lesquelles ont été adoptées dans les formules des Etats régionaux, en matière économique.

En dernier lieu, tout système de décentralisation politique qui comporte une autonomie territoriale et un système de distribution de compétences, exige l'établissement de garanties institutionnelles de ces autonomies. Celles-ci doivent se traduire, fondamentalement, en contrôle constitutionnel, par le tribunal suprême ou par une Cour constitutionnelle, des invasions réciproques de compétences et lésions à l'autonomie entre les organismes régionaux et l'Etat national ou entre les Etats membres et le niveau fédéral.

La crise de l'Etat national, tant dans les Etats fédéraux que dans les unitaires, provoque, en dernière instance, un affaiblissement progressif de l'Etat non seulement dans la conduction politique de la société, dans l'attention; à accorder aux questions publiques, et dans la satisfaction des nécessités collectives, mais aussi pour assurer la démocratie participative. Face à cette situation, la décentralisation politique se présente comme un remède efficace contre cette crise dans laquelle il est plongé. Sa réalisation n'est pas, cependant, facile, car décentraliser implique un transfert des pouvoirs aux instances régionales et locales et la création de mécanismes efficaces

d'auto gouvernement régional et local. Cela renforce, évidemment, des instances politiques nouvelles et affaiblit les traditionnelles. Mais il faut accepter le défi, car dans le cas contraire, ces dernières courent le risque de disparaître et d'aggraver ainsi la crise de l'Etat.

§ 5. LES PROTECTIONS CONSTITUTIONNELLES ET LEGALES CONTRE LES IMPOSITIONS CONFISCATOIRES

**Rapport général au XIII^{ème} Congrès
international de droit comparé, Académie
internationale de droit comparé, Montreal
1990 ***

INTRODUCTION

L'une des tendances du droit fiscal contemporain est celle de la constitutionnalisation de la matière fiscale, dans le sens que dans les constitutions, de plus en plus fréquemment, non seulement l'on établit les principes du système impositif, mais l'on précise ses limites par rapport aux droits et garanties des citoyens et des contribuables. Ainsi, le pouvoir d'imposition de l'Etat a acquis une plus grande stabilité et fermeté se trouvant précisé dans les textes constitutionnels quant à sa structure, et à son extension et quant à la délimitation des facultés impositives entre les différents organismes de l'Etat. Mais, en même temps, l'exercice de ce pouvoir a trouvé des limites dans des constitutions garantissant les droits des citoyens qui ne sauraient être enfreints par ce pouvoir.

Cette constitutionnalisation de la matière fiscale a, bien sûr, une conséquence fondamentale et c'est que l'infraction aux normes et aux principes constitutionnels à caractère impositif, aussi bien par le Législateur que par l'Administration, entache

* Publié in *Rapports généraux XIIIème Congrès international*, Académie internationale de droit comparé, Montreal 1990, páginas 795 a 824

les actes produits d'inconstitutionnalité, ouvrant par là la possibilité pour que les juridictions compétentes puissent les annuler pour inconstitutionnalité.

Dans ce cadre du droit constitutionnel fiscal se place, sans doute, le sujet du IV.E. du XIII^{ème} Congrès international de droit comparé relatif aux «Protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires» dont le Rapport général nous a été demandé de réaliser, et qui tourne autour des relations entre le pouvoir impositif de l'Etat et son exercice et les garanties des droits fondamentaux des citoyens.

Le pouvoir impositif est la faculté ou la possibilité juridique de l'Etat d'exiger des impôts en ce qui concerne des personnes ou des biens qui se trouvent dans sa juridiction¹, l'impôt étant par conséquent «un prélèvement opéré par voie de contrainte par la puissance publique et ayant pour objectif essentiel de couvrir les charges publiques et de les répartir en fonction des facultés contributives des citoyens»². Et bien, si confiscation signifie étymologiquement l'attribution d'un bien au fisc sans compensation ou «*a compulsory transfer of private property to public ownership without compensation*»³, on peut conclure, comme l'a fait P.M. Gaudemet, que tout impôt est confiscatoire dans le sens que tout impôt a pour effet de prélever par contrainte les ressources privées au profit de l'Etat⁴ sans compensation pécuniaire. En fait, comme l'observe R. Mußnug, «*taxes which must be offset by compensation payments do not make sense*»⁵, car comme le note M. Bogdan, «*it lies in the nature of taxes that no direct compensation is given to the individual taxpayer for the amount of taxes he has paid*»⁶.

Bien sûr, bien qu'il ne puisse y avoir d'impôt avec compensation pécuniaire directe étant donné les fins qui s'établissent du système impositif en vue de promouvoir le bien-être général comme l'observe J.J. Darby, génériquement, «*there is theoretically always some compensation, however amorphous, which inures to the taxpayer*». Pour cela dit-il que «*viewed in this light, taxation can never be confiscatory*»⁷. Néanmoins, même à ce point de vue, le problème peut se poser lorsque «*an individual taxpayer is paying more in tax money than he is receiving in governmental benefits*»⁸.

Quoiqu'il en soit, le sujet du Congrès, situé à l'intérieur du cadre du droit constitutionnel fiscal, ne peut pas démarrer d'une considération aussi large ou aussi restrictive de la relation entre imposition et confiscation, mais il doit s'orienter du

1 FONROUGE, *Derecho financiero*, 2e éd., vol. 1, p. 279.

2 GAUDEMET et MOLINIER, *Finances publiques*, Vol. 2, 4e éd., 1988, p. 92.

3 DARBY, *Rapport national américain*, p. 1. «Confisquer c'est originairement faire passer un élément du patrimoine privé dans le patrimoine de l'Etat», GAUDEMET, *Rapport national français*, pp. 1-2.

4 GAUDEMET, *ibid.*

5 *Rapport national allemand* (R.F.A.), pp. 1-2.

6 *Rapport national suédois*, p. 4.

7 *Cit. supra*, note 3, p. 1.

8 *Ibid.*

point de vue des garanties constitutionnelles des contribuables face au pouvoir Impositif de l'Etat en vue d'assurer que tout impôt s'ajuste aux prescriptions constitutionnelles⁹.

Par conséquent, en ce qui concerne ce Rapport général, nous entendons par imposition confiscatoire toute imposition inconstitutionnelle, qui résulte de la violation des garanties constitutionnelles des contribuables face au pouvoir impositif de l'Etat de la légalité de l'impôt, de la propriété, de l'égalité, de la liberté économique et des autres libertés publiques individuelles.

Dans ce sens, bien sûr, pour qu'il existe une imposition confiscatoire, il est nécessaire qu'il y ait une constitution comme norme suprême et rigide, dans laquelle non seulement on règle l'exercice du pouvoir impositif de l'Etat, mais aussi l'on garantisse les droits fondamentaux du citoyen, parmi lesquels les droits de propriété et de liberté économique. Si ces derniers ne sont pas garantis, comme c'est le cas en Tchécoslovaquie, on ne peut pas parler vraiment de «protections constitutionnelles contre les impositions confiscatoires»¹⁰; de même que l'on ne peut pas parler du sujet avec précision, dès lors que, dans le système constitutionnel d'un pays, il n'y a pas de constitution organique écrite et rigide, comme c'est le cas en Israël¹¹.

Dans le droit comparé en général, l'on peut dire que, bien que les constitutions règlent les buts du pouvoir impositif de l'Etat et les modalités de son exercice tout en garantissant les droits fondamentaux, elles n'établissent pas directement une interdiction expresse des impositions confiscatoires¹². Pour cela, est exceptionnel le cas de l'Espagne, dont la Constitution de 1978 établit comme principe général que le système impositif dans son ensemble ne peut point avoir une portée confiscatoire¹³, ainsi:

Article 31.1. Tous contribueront à supporter les dépenses publiques selon leur capacité économique par un système impositif juste, inspiré des principes d'égalité et de progressivité, qui dans aucun cas n'aura une portée confiscatoire.

Plus précis encore en ce qui concerne l'interdiction des impôts confiscatoires est le texte de la Constitution du Guatemala de 1987 dont l'article 243, après avoir établi comme principe que «le système impositif doit être buste et équitatif», ajoute que «sont interdits les impôts confiscatoires et la double ou multiple imposition interne».

9 Aussi «a tax found unconstitutional for any reason is confiscatory in nature since it has taken the taxpayer's money unlawfully», *ibid.*, p. 14.

10 NERNCOVA et ZEMANEK, *Rapport national tchécoslovaque* pp. 1-29.

11 HADARI, *Rapport national israélien*, pp. 17.

12 LANGEREIS, *Rapport national néerlandais*, p. 12; MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, p. 1; DARBY, *cit. supra*, note 3, p. 16; BOGDAN, *cit. supra*, note 6, pp. 3 et 6.

13 L'interdiction de portée confiscatoire a été interprétée comme ne s'appliquant pas aux impôts isolés mais aux systèmes impositifs dans leur ensemble. V. PALAO TABOADA, «La protección constitucional de la propiedad privada como limite al poder tributario» in *La hacienda pública en la Constitución española*, Instituto de estudios fiscales, Madrid 1979, pp. 281 et 319.

De toute façon, que l'on interdise ou non expressément les impositions confiscatoires, ce qui est vrai est que, dans tous les systèmes constitutionnels dans lesquels l'on établit les principes qui doivent présider à l'exercice du pouvoir impositif de l'Etat et l'on garantit les droits fondamentaux des citoyens, les impositions confiscatoires peuvent être considérées inconstitutionnelles, le problème fondamental du point de vue juridique étant de déterminer quand est-ce qu'une imposition peut être considérée confiscatoire. La difficulté du sujet n'est donc pas de déterminer si l'imposition confiscatoire doit être considérée inconstitutionnelle -ce qu'elle est- mais la véritable difficulté, comme le fait remarquer R. Mußnug par rapport à l'Allemagne fédérale, «*lies exclusively in the subsequent question of what a confiscatory tax is and how it can be distinguished from heavy but constitutionally unobjectionable tax*»¹⁴. Cette limite ou frontière n'est ni absolue ni objective et sa détermination dépend de plusieurs éléments liés à la tradition politique et à la réalité économique et sociale d'un pays à un moment donné.

Ainsi l'on trouve des exemples de pays où les taux d'imposition sont très élevés, et d'autres où l'on a établi des limites précises à ceux-ci. L'on pourrait affirmer, comme l'a fait P.M. Gaudemet, que «une imposition peut être qualifiée de confiscatoire, lorsque l'élévation de son taux oblige le contribuable d'amputer son patrimoine pour l'acquitter, son revenu disponible n'y suffisant plus»¹⁵ Néanmoins, l'étude du droit comparé démontre qu'il n'y a pas de règles absolues en la matière. A titre d'exemple et par contraste, l'on peut mentionner les cas de la Suède et de l'Argentine.

La Suède peut être considérée comme «*an extremely highly taxed society*» ce qu'illustre M. Bogdan dans son rapport en affirmant que «*the total tax burden measured as the percentage of G.N.P. claimed by taxes and compulsory social insurance charges, rose from 43.7% in 1975 to about 55 % in 1987*»¹⁶. Ceci conduit à conclure que, pendant les dernières années, la Suède a probablement été le pays ayant les impôts les plus lourds au monde par rapport à son produit national brut¹⁷. Mais, en outre, M. Bogdan affirme dans son rapport que la protection constitutionnelle face à (imposition exorbitante en Suède est très faible:

*In particular, the Constitution does not forbid taxes coming very close to 100% of their base. The state may, for example, take over practically all income by means of an income tax and practically all property by means of a wealth tax without violating the Constitution. The combined effects of various taxes may easily deprive taxpayer of his total income and wealth of even more*¹⁸.

Cette faiblesse dans la protection constitutionnelle face à l'imposition M. Bogdan l'attribue à l'orientation politique de la Constitution elle-même élaborée sous l'influence du parti politique dominant et qui conçoit l'imposition comme l'un des

14 *Cit. supra*, note 5, p. 2.

15 *Cit. supra*, note 3.

16 *Cit. supra*, note 6 à 1a p. 1.

17 *Ibid.*, p. 2.

18 *Ibid.*, pp. 6 et 7.

instruments pour atteindre ses objectifs politiques. De plus, le fait que le contrôle de la constitutionnalité des lois, qui est de caractère diffus, ne s'exerce que lorsque l'inconstitutionnalité est «flagrante» conduit à ce que ce contrôle ne se produise pratiquement jamais à l'encontre des normes impositives¹⁹.

A l'extrême opposé, on peut signaler le cas de l'Argentine où il existe aussi un contrôle diffus de la constitutionnalité des lois par lequel les tribunaux et la Cour suprême de la Nation ont établi une abondante doctrine jurisprudentielle au sujet des limites au pouvoir impositif et aux impositions confiscatoires sur la base des garanties constitutionnelles, notamment la garantie du droit de propriété et la notion de «raisonnabilité» appliquée à l'exercice du pouvoir d'imposition. «L'axe autour duquel tourne tout le système jurisprudentiel de la Cour suprême concernant la confiscabilité des impositions» -comme le dit Linares Quintana- est la règle considérant qu'un impôt est confiscatoire dès lors que le montant de son taux est 'déraisonnable'²⁰.

Ainsi, la Cour suprême a dit:

Le pouvoir impositif sera exercé de bonne foi et dans des buts publics et les impôts doivent être établis conformément à un système d'impartialité et d'uniformité dans des conditions raisonnables qui ne viennent pas constituer une interdiction ou confiscation et doivent avoir pour objectif de subvenir aux dépenses administratives²¹.

Ce concept de raisonnabilité, qui a été fondamental dans le système de contrôle judiciaire en Argentine, exige que, dans toutes leurs activités, les organes de l'Etat respectent une certaine limite au-delà de laquelle il se produit l'altération du droit et la perte de son essence constitutionnelle. «Ce qui est alors raisonnable -comme l'indique G. Bidart Campos- est ce qui est ajusté à la Constitution, pas autant à sa lettre qu'à son esprit; et l'irraisonnable est ce qui enfreint la Constitution; en dernière analyse, ce qui est inconstitutionnel»²². Mais bien sûr le problème de la jurisprudence a été de déterminer quand est-ce que le quantum de l'impôt est irraisonnable et confiscatoire, et, comme le fait remarquer H.A. García Belsunce, la Cour suprême a établi dans d'innombrables décisions que, par exemple, la confiscatorité de la charge immobilière est donnée par la circonstance de ce que celle-ci absorbe au-delà d'un tiers (1/3), c'est-à-dire plus de 33% du revenu probable à tirer de l'immeuble²³. Néanmoins, il n'apparaît pas dans la jurisprudence l'origine du pourcentage fixé (33%) ni non plus sa rationalité, ce que H.A. García Belsunce critique en indiquant que la confiscatorité d'une charge immobilière doit plutôt résulter d'un ensemble de circonstances de fait (situation de la propriété, valeur marchande, rendement réel, etc.) qui le rendent raisonnable ou non, sans que cela

19 *Ibid.*, p. 7.

20 *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2e éd., Vol. 5, Buenos Aires, p. 313

21 GARCIA BELSUNCE, *Rapport national argentin*, p. 13.

22 *Derecho constitucional*, Vol. 1, Buenos Aires 1968, p. 229.

23 *Cit. supra*, note 21, pp. 13-19; V. LINARES QUINTANA, *El poder impositivo y la libertad individual*, Buenos Aires 1951, p. 239.

surgisse nécessairement du «chiffre cabalistique» de 33%²⁴. Quoiqu'il en soit, la Cour suprême a aussi établi une limite pour considérer confiscatoire des droits de succession lorsqu'ils atteignent 33% de la part d'héritage revenant à chaque héritier²⁵.

Or, ce qui est intéressant de mettre en relief concernant les limites entre raisonnabilité (constitutionnalité) et arbitraire (inconstitutionnalité) en matière impositive, est, qu'en dehors de la détermination de pourcentages par la jurisprudence d'un pays déterminé pour établir la limite entre l'un et (autre aspect - c'est ce que R. Mußnug considère en Allemagne comme propre aux lois impositives pré-démocratiques²⁶-, le sujet de la confiscatorité des impositions est définitivement lié au respect ou non par le Législateur d'une série de garanties constitutionnelles, dont la violation est à l'origine de l'irraisonnabilité d'un impôt et comme conséquence, sa confiscatorité. Bien sûr, ces garanties varient selon les pays et les temps, c'est pourquoi elles n'ont pas un caractère absolu, de sorte que si, par exemple, la constitution d'un Etat ne garantit pas la propriété privée ni la liberté économique, comme c'est le cas de la Tchécoslovaquie, alors il n'y a pas lieu de parler d'impositions confiscatoires.

En revanche, l'étude de droit comparé que nous avons faite concernant les pays dont les rapports nous ont été envoyés nous montrent que, en général, dans les constitutions on établit une série de garanties des citoyens qui encadrent dans un polygone l'exercice du pouvoir impositif de l'Etat en marquant les confins de leur constitutionnalité. Ces garanties, en général, sont la garantie de la légalité de l'impôt, la garantie de la propriété privée, la garantie de l'égalité, la garantie de la liberté économique et la garantie des libertés individuelles. Elles délimitent l'exercice du pouvoir impositif de l'Etat, c'est pourquoi tout dépassement des limites qu'elles établissent engendre une inconstitutionnalité, laquelle est soumise à contrôle judiciaire.

Nous analyserons ces cinq garanties constitutionnelles comme des limites aux impositions confiscatoires, et nous concluons avec des références à la plus importante des garanties de l'Etat de droit le contrôle judiciaire.

I. LA GARANTIE DE LA LEGALITE DE L'IMPÔT

Face au pouvoir impositif de l'Etat, la garantie constitutionnelle la plus classique et au nom de laquelle l'on commença aussi bien la Révolution américaine que la Révolution française, est la garantie de la légalité de (impôt. «*No taxation without representation*», telle fut la déclaration des colonies américaines devant le *Stamp Act* et cela aussi se trouve à la base du refus du Parlement de Paris d'enregistrer les édits impositifs de Louis XVI, exigeant leur approbation par les Etats Généraux.

24 *Cit. supra*, note 21, pp. 18-19.

25 *Ibid.*, p. 21.

26 *Cit. supra*, note 5, p. 5.

Toutes les constitutions modernes, peut-on dire, ont établi la garantie de la légalité de (impôt, en exigeant que les impôts puissent être créés seulement moyennant une loi sanctionnée par les organes législatifs de représentation populaire. Ainsi est-il établi en Allemagne, Hollande, Suède, Suisse²⁷ et même en Israël, quoiqu'il n'y ait pas de constitution écrite dans le sens moderne, la *Basic Law of the State Economy* étant à règle²⁸. Comme l'établit aussi la Constitution du Vénézuéla:

Article 224. Aucun impôt ou autre contribution ne pourra être recouvré s'il n'est pas établi par loi, de même que l'on ne concédera des exonérations d'impôt que dans les cas par elle prévus.

A cet effet, la même Constitution définit la loi comme «les actes qui sanctionnent les Chambres législatives (Sénat et Chambre de députés) agissant comme des corps colégislateurs»²⁹.

Cette garantie de la légalité de l'impôt, en général, est considérée aux Etats-Unis comme la première limite à l'imposition confiscatoire, car elle permet même aux contribuables dans les démocraties parlementaires d'exercer en tant qu'électeurs la pression nécessaire sur les représentants pour la défense de leurs intérêts³⁰. Comme il a été établi par le juge Marshall dans le affaire *McCulloch c. Maryland* en 1819, face au pouvoir impositif de l'Etat qui -comme il a été dit dans la même décision- «implique le pouvoir de détruire», le peuple lui a donné ce pouvoir «confiant dans l'intérêt du législateur, dans l'influence des électeurs ou de leurs représentants, pour se protéger contre son abus»³¹.

En tout cas, la garantie de la légalité de l'impôt implique que l'impôt doit être créé par loi, édictée par la représentation populaire, principe qui est valable aussi dans les systèmes constitutionnels où il s'est produit une distribution verticale du pouvoir, comme c'est le cas des systèmes fédéraux, et dans les cas des municipalités ou des communes disposant des pouvoirs impositifs. Conformément à cela, tout impôt établi par un acte de l'Exécutif ou d'une autorité quelconque différente du Législateur (national ou local) non seulement est inconstitutionnel, mais essentiellement confiscatoire. Il convient de signaler en tout cas que bien que quelques pays acceptent la délégation législative ou législation secondaire en matière impositive, cette délégation ne saurait aller jusqu'à se substituer au Législateur, et peut seulement se référer à certains éléments du tribut pour exécuter les prévisions de la loi³². Par conséquent, la délégation législative et les facultés réglementaires de l'Exécutif en matière impositive, par essence, ne peuvent jamais aller jusqu'à se substituer à la réserve légale établie au profit du Législateur dans les contributions.

27 *Ibid*, LANGEREIS, *cit. supra*, note 12, pp. 1-2; BOGDAN, *cit. supra*, note 6, p. 3; YERSIN, *Rapport national suisse*, p. 11.

28 Attribuant la législation impositive, Knesset HADARI, *cit. supra*, note 11, p. 2.

29 Art. 162.

30 DARBY, *cit. supra*, note 3, p. 1.

31 WHEAT, 316, 431 (1819) *ibid.*, p. 12.

32 LANGEREIS, *cit. supra*, note 12; HADARI, *cit. supra*, note 11, p. 3.

Mais, bien qu'il soit vrai que la garantie de la légalité de l'impôt est la première des limitations constitutionnelles à l'encontre des impositions confiscatoires, en exigeant l'intervention des organes législatifs représentatifs pour créer des impôts, le problème des limites de l'organe législatif dans l'exercice de son pouvoir reste à établir. En effet, étant prévu constitutionnellement que le Législateur est le seul qui peut créer des impôts, il y a lieu de se demander si, dans l'exercice de son pouvoir impositif, le Législateur a aussi des limites constitutionnelles. La réponse que nous donne le droit comparé est variable.

Avant tout, nous devons mentionner une limite générale à toute activité législative et qui, bien évidemment, s'applique à l'exercice par loi du pouvoir impositif de l'État: il s'agit de la limite fixée par la garantie constitutionnelle de la non-rétroactivité de la loi. Par conséquent, les lois impositives, et cela est un principe, ne sauraient être rétroactives, car, si elles (étaient, elles seraient confiscatoires³³.

Mais, mis à part cette limite générale à l'exercice du pouvoir législatif, reste posée la question de savoir quelles sont les autres limites constitutionnelles à l'exercice du pouvoir d'imposition par loi. Dans ce sens, R. Mußnug, se référant au cas de l'Allemagne et commentant l'établissement constitutionnel de la garantie de la légalité de l'impôt comme restriction formelle à la souveraineté fiscale de l'État, il semble en conclure que c'est là la seule limite à l'exercice du pouvoir impositif de l'État. C'est pour cela, dit-il, que:

If the people -represented by a democratically elected parliament- have a say in the level of taxation, even exorbitant taxes are constitutionally legitimate. However high the taxes may be, they can never be too high, because they conform to the majority opinion³⁴.

Néanmoins, ce qui est vrai en général, l'exercice du pouvoir impositif par le Législateur n'est pas illimité et les constitutions explicitement ou implicitement établissent des limites à l'exercice dudit pouvoir.

Dans quelques cas, il s'agit de limitations expressément établies dans les constitutions, en fixant l'objectif et les buts du système impositif. L'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans ce sens établit

Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses de l'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés.

De cette norme il résulte, comme le signale P.-M. Gaudemet que «l'impôt ne peut être levé pour n'importe quel objet. Il ne saurait avoir pour fin de déposséder le

33 MUßNUG, *cit. supra*, note 5, pp. 12-13. Exceptés, bien sûr, les systèmes tels celui d'Israël, où la garantie de la mise en marche de faction en justice n'est pas établie, faute de constitution HADARI, *cit. supra*, note 11, p. 5.

34 *Cit. supra*, note 5, p. 5.

§ 5. PROTECTIONS CONTRE LES IMPOSITIONS CONFISCATOIRES.
XIII CONGRÈS, MONTREAL, 1990

contribuable comme le font les impositions confiscatoires. Sa nécessité n'est reconnue que pour couvrir les dépenses d'intérêt général»³⁵.

Dans un sens similaire, la Constitution des Etats-Unis d'Amérique à l'article 1, section 8, clause 1 établit

The Congress shall have the power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but ail duties, impost and excises shah be uniform throughout the United States.

Dans le même sens, l'article 223 de la Constitution du Vénézuéla établit aussi des objectifs plus ou moins précis au système impositif, ainsi

Le système impositif cherchera la juste distribution des charges selon la capacité économique du contribuable, conformément au principe de progressivité, ainsi qu'à la protection de (économie nationale et (élévation du niveau de vie du peuple.

De ces normes il résulte qu'on a prescrit constitutionnellement à l'exercice du pouvoir d'imposition des objectifs précis; par conséquent, tout impôt ne répondant pas au but constitutionnel serait confiscatoire. Ce serait le cas, par exemple, d'un impôt ayant pour but la destruction de l'économie privée.

De façon implicite, cette même limitation à l'exercice du pouvoir d'imposition existe en Allemagne, dans ce qui ont été appelés les objectifs fiscaux que doit respecter l'imposition. C'est-à-dire, comme le fait remarquer R. Mußnug en critiquant les tentatives en vue d'établir des limites en pourcentage à la charge impositive: dans un Etat démocratique, le revenu fiscal est réglé par les dépenses budgétaires dans le sens que «*expenditures examined and approved of in parliament in the process of budget appropriation can and must be covered by sufficiently high taxes*». D'où il tire que le «*link between the authorisation of expenditure and the fiscal legislation is one of the great achievements of democratic constitutional law*»³⁶. De cela il résulte le principe qu'il serait inconstitutionnel et donc, confiscatoire, d'avoir des impôts poursuivant des objectifs extra fiscaux, comme par exemple un impôt qui aurait pour but la socialisation de la propriété. Ainsi le dit V. Scheumer «les impôts se transforment en mesures expropriatrices lorsqu'ils vont, au-delà de l'objectif de l'obtention fiscale de revenus, jusqu'à la destruction ou l'épuisement d'objets déterminés de la propriété, et donc ils assument un caractère confiscatoire»³⁷.

Bien sûr, en formulant la nécessité des objectifs fiscaux des impôts, il surgit nécessairement la discussion au sujet de la constitutionnalité des «impôts interventionnistes» qui, plutôt qu'un but fiscal, prétendent mettre en conformité des

35 *Cit. supra*, note 3, p. 7.

36 *Cit. supra*, note 5, pp. 5-9.

37 «Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung» in REINHARD-SCHEUNER uVerfassungsschutz des Eigentums Zwei Abhandlungen J.C.B. Monk (P. Siebeck), Tübingen, 1954, *cit. par* PALAO TABOADA, *cit. supra*, note 13, p. 290.

activités privées à ce qui a été établi, par exemple, dans un plan de développement économique et social. La réponse dépendra du système constitutionnel concret. Néanmoins, en général, tout impôt interventionniste ne doit pas être vu comme confiscatoire, sauf si avec lui l'on détruit le droit de propriété ou l'on empêche l'exercice de la liberté économique.

Par rapport aux Etats-Unis, le problème se pose aussi quant à savoir si un impôt s'établit ou non pour «*provide for the common defense and general welfare of the United States*». J.J. Darby signale que ceci doit être déterminé en premier lieu par le Législateur, l'imposition fédérale étant admissible «*to encourage or discourage certain types of activity*» comme cela a été admis par les cours³⁸. Cependant, de là à admettre la célèbre phrase du juge Marshall en 1819 que «*the power to tax surely involves the power to destroy*»³⁹ il y a une grande différence. En fait comme la Cour suprême des Etats-Unis le nuance en 1899, «*it is not only the power to destroy, but it is also the power to keep alive*»⁴⁰. L'imposition ne peut donc aller jusqu'à détruire la propriété ni la liberté économique en tant que telles.

Une autre limite constitutionnelle au pouvoir d'imposition qui résulte de la Constitution des Etats-Unis est l'exigence pour que les impôts «*shall be uniform throughout the United States*»⁴¹, qui dérive de la forme fédérale de l'Etat, et quia été interprétée dans un sens géographique par l'exigence que les impôts fédéraux doivent s'appliquer dans tous les états de l'Union⁴². Mais même face à cette interprétation traditionnelle, la Cour suprême a accepté l'application d'exemptions impositives dans quelques états de moindre développement (Alaska), justement pour stimuler leur croissance économique⁴³. On outre, «*the sixteenth amendment [1913] gave Congress the power to impose taxes without apportionment among states*», avec quoi «*the apportionment clause*» est tombée en désuétude en matière de «*income tax*», et n'est appliquée qu'en matière de «*real estate and capitation taxes*»⁴⁴.

Dans d'autres cas, l'absence même d'une constitution écrite dans le sens moderne du terme, comme c'est le cas en Israël, implique que, bien que la *Basic Law of the State Economy* établisse la garantie de légalité de l'imposition, en réservant à la Knesset la législation première en matière impositive, comme l'affirme Y. Hadari:

38 *Cit. supra*, note 3, p. 13. *V. Wickard c. Fillburn*, 317 U.S. 111 (1942); *Sonzinsky c. United States*, 300 U.S. 506 (1937); *United States c. Sánchez*, 340 U.S. 42 (1950); *United States c. Kahringer*, 345 U.S. 22 (1953); *Zwak c. United States*, 848 F. 2d 1179 (1988).

39 *Cit. supra*, note 31.

40 *Nicol vs. Ames*, 173 U.S. 509, 515 (1899); DARBY, *cit. supra*, note 3, p. 6.

41 Art. 1, s. 8, clause 1

42 DARBY, *cit. supra*, note 3, pp. 6, 7.

43 *Ptasynski v. United States*, 550 F. Supp. 549 (D. Wyo. 1982); 462 U.S. 74 (1983) Darby, *cit. supra*, note 3, p. 7.

44 DARBY, *ibid.*

*There is no limitation on the power of the Knesset to legislate tax law and to determine the rates of taxes. With respect to taxes, any future legislation can impose new taxes or change the existing ones*⁴⁵.

En tout cas, et en nous référant aux systèmes constitutionnels où il existe une constitution écrite, outre les limitations au pouvoir impositif de l'Etat signalées plus haut dérivées des buts et des objectifs du système impositif que les textes constitutionnels établissent, les plus importantes de ces limites qui existent en relation avec (exercice de ce pouvoir là sont celles qui dérivent de la consécration d'autres garanties constitutionnelles des citoyens, plus particulièrement, de la garantie de la propriété privée, de la garantie de l'égalité, de la garantie de la liberté économique et des garanties individuelles. L'exercice du pouvoir impositif ne peut pas signifier destruction ou extinction de ces garanties car, si tel était le cas, l'imposition serait inconstitutionnelle parce que confiscatoire.

II. LA GARANTIE DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE

La limitation constitutionnelle la plus importante à l'exercice du pouvoir impositif que l'on observe en droit comparé est la garantie de la propriété privée, dans le sens que l'impôt ne peut pas signifier destruction de la propriété, car s'il en était ainsi, il serait confiscatoire et inconstitutionnel. Dans quelques cas, cette limitation est expressément établie dans la constitution: par exemple, en ce qui concerne les impôts, c'est le cas du Guatemala, dont la Constitution établit que «les impôts confiscatoires sont interdits»⁴⁶; en ce qui concerne le système impositif en général, et c'est le cas d'Espagne dont la Constitution établit que «dans aucun cas aura une portée confiscatoire»⁴⁷.

Dans d'autres cas, l'interdiction des impositions confiscatoires découle de l'interdiction constitutionnelle expresse en ce qui concerne la confiscation vue en tant que forme d'extinction de la propriété sans compensation. Tel est le cas de la *Constitution* du Vénézuéla qui établit que «l'on ne décidera ni n'exécutera de confiscations»⁴⁸, sauf dans les cas d'enrichissement illicite par suite d'usurpation de pouvoir⁴⁹ ou, par rapport à des étrangers, dans les cas acceptés par le droit international⁵⁰. L'interdiction expresse de la confiscation, dans ce cas-ci, implique donc l'interdiction des impositions confiscatoires.

Il convient de signaler que, dans d'autres pays, comme c'est le cas en Israël, la confiscation, en tant qu'institution, est acceptée et permise dans des cas d'utilité publique dans lesquels on doit néanmoins respecter le droit au *due process*⁵¹. Aux États-Unis, la confiscation est considérée une méthode constitutionnelle

45 *Cit. supra*, note 11, p. 3.

46 Art. 243.

47 Art. 31.1.

48 Art. 102.

49 Art. 250.

50 Art. 102.

51 HADARI, *cit. supra*, note 11, pp. 3-4.

exceptionnelle mais permise, en vue d'atteindre des objectifs publics, mais elle est réservée à des cas constituant des circonstances extraordinaires comme la guerre, l'état d'urgence nationale, des raisons de salubrité, des conflagrations et un certain type de crime organisé et de rapine⁵². Néanmoins, dans tous ces cas-ci, la confiscation ne peut pas revêtir la forme d'une imposition, puisque la garantie constitutionnelle de la propriété privée la rendrait inconstitutionnelle.

Dans la plupart des systèmes constitutionnels, la limitation aux impositions confiscatoires découle, purement et simplement, de la garantie constitutionnelle du droit de propriété dont nous retrouvons la formulation la plus classique dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, à laquelle le Conseil constitutionnel français a reconnu valeur constitutionnelle en vertu du préambule à la Constitution de 1958⁵³. L'article 17 de cette Déclaration, en effet, établit que

La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

De cette norme, comme c'est le cas dans la plupart des pays où est constitutionnellement garanti, tant le droit de propriété⁵⁴ que sa garantie d'extinction seulement moyennant une juste compensation de l'expropriation⁵⁵, découle le principe de la prohibition des impôts confiscatoires: Donc, les «expropriations déguisées» comme les appelle P.M Gaudemet⁵⁶, ou les «*covert expropriations*» comme les appelle R. Mußgnug⁵⁷, que l'on prétend réaliser par le biais de techniques impositives, sont inconstitutionnelles car leur manquent (élément compensatoire que toute expropriation exige (et qu'il serait impossible de trouver pécuniairement dans un impôt) comme garantie du droit de propriété.

Ainsi donc, qu'on l'établisse expressément ou qu'elle résulte implicitement de la constitution, la garantie de la propriété privée suppose l'inconstitutionnalité des impôts confiscatoires. Néanmoins, ici, à nouveau, la question n'est pas d'accepter l'inconstitutionnalité des impôts confiscatoires, mais d'établir avec précision quand un impôt doit être considéré confiscatoire, ou dans les termes de la jurisprudence argentine, quand un impôt doit être considéré «déraisonnable» ou arbitraire.

Dans le droit comparé, la réponse est bien sûr variée et, au coup par coup. Un principe semble général, et c'est celui que l'impôt doit grever le revenu mais pas le capital, dans le sens qu'un impôt, même s'il grève le capital, doit être payé par le

52 DARBY, *cit. supra*, note 3, pp. 3-5.

53 Décision du Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982 GAUDEMET, *cit. supra*, note 3, p. 5.

54 GARCÍA BELSUNCE, *cit. supra*, note 21, p. 11. Il convient d'indiquer que l'article 17 de la *Constitution* argentine, outre qu'elle consacre le droit de propriété, établit que «la confiscation de biens est à jamais effacée du *Code pénal* argentin», paragraphe qui, en soi, ne se considère pas applicable aux impositions; YERSIN, *cit. supra*, note 27, pp. 3-5.

55 LANGEREIS, *cit. supra*, note 12, p. 1; DARBY, *cit. supra*, note 3, p. 4; BOGDAN, *cit. supra*, note 6, pp. 4-5; YERSIN, *cit. supra*, note 27, p. 3.

56 *Cit. supra*, note 3, p. 4.

57 *Cit. supra*, note 5, p. 1.

revenu qu'il produit. C'est ce que l'ancien droit français formulait par l'adage: Droit sur les fruits sont impôts; Droit sur les fonds sont pillage⁵⁸.

En revanche, si l'impôt a une incidence directement sur le capital, en absorbant une partie de celui-ci dans une période déterminée de temps, il le confisquerait et l'impôt serait inconstitutionnel car il socialiserait l'économie⁵⁹.

En Allemagne, le principe ci-dessus est formulé dans le sens que les impôts sur la propriété sont confiscatoires «*if they cannot be paid 'from the yield' but must be paid 'from the assets' exhausting the capital instead of merely taxing it*»⁶⁰. En Suisse, la Constitution fédérale fixe un taux maximum de 0,825 pour mille pour l'impôt sur le capital⁶¹.

Mais mis à part ce principe général, dans les différents pays, la détermination du caractère confiscatoire d'un impôt est faite au coup par coup et en relation aux divers types d'impôts.

En matière d'impôts immobiliers, la jurisprudence argentine a établi le principe que si l'impôt constitue plus d'un tiers (1/3 ou 33%) du revenu probable de l'immeuble, l'impôt doit être considéré confiscatoire et inconstitutionnel. Le pourcentage fixé a été considéré sans fondement, mais la jurisprudence a été constante et uniforme dans ce sens⁶² même en admettant que l'impôt immobilier puisse avoir des objectifs extra-fiscaux (solution du déficit habitationnel, pénaliser des immeubles improductifs, lutte contre les *latifundia*)⁶³.

En revanche, en Suisse, en matière d'impôt foncier, le Tribunal fédéral a estimé constitutionnel un impôt qui taxait le revenu spéculatif provenant de la vente d'immeubles, d'un taux de 53% du montant⁶⁴. Néanmoins, dans des décisions plus récentes, à partir de 1979, l'on insiste dans l'application de la garantie de la propriété privée par rapport à la matière fiscale en disant que:

L'idée de base de la garantie de l'institution de la propriété ... interdit ainsi à la collectivité publique d'enlever aux propriétaires, par une fiscalité excessive, leur patrimoine privé ou certains éléments de ce patrimoine (par exemple le patrimoine immobilier) ... La protection de la propriété oblige ainsi le Législateur à conserver la substance du patrimoine existant et à maintenir la possibilité de former un capital nouveau, il interdit au Législateur de remettre en question la propriété en tant qu'institution juridique accessible à chacun ou d'épuiser le patrimoine de façon continue ...⁶⁵.

58 GAUDEMET, *cit. supra*, note 3, p. 6.

59 GARCIA BELSUNCE, *cit. supra*, note 21, p. 15.

60 MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, p. 2.

61 YERSIN, *cit. supra*, note 27, p. 4.

62 GARCIA BELSUNCE, *cit. supra*, note 21, pp. 12-17.

63 *Ibid.*, p. 16; v. TAMAGNO, *El contribuyente*, Buenos Aires 1953, p. 49.

64 YERSIN, *cit. supra*, note 27, p. 5.

65 ATF 1051a 220 = JT 1981.1555 et 1556 *ibid.*, pp. 5-6 et 13.

Dans le même sens en matière d'impôts sur la propriété, en Allemagne, on considère qu'ils sont inconstitutionnels s'ils obligent, plus ou moins rapidement, les personnes à rendre leur propriété, les considérant confiscatoires si le taux a une telle incidence sur le revenu que même si celui-ci est investi de manière sensée, devient insuffisant pour payer l'impôt⁶⁶.

En matière d'impôts sur les successions et donations, la jurisprudence argentine, après avoir déclaré confiscatoires des impôts qui taxaient à 50%, à 45% et autres taux l'héritage, s'est arrêtée au taux de 33%, applicable à la portion d'héritage correspondant à chaque héritier⁶⁷. Tout pourcentage supérieur est donc considéré confiscatoire. Au contraire, en France, le taux de l'impôt sur les successions peut aller jusqu'à 60% et n'est pas considéré confiscatoire, ce que P.-M. Gaudemet considère comme une faille dans le système de protection contre les confiscations par l'impôt⁶⁸. En Allemagne, en général, l'impôt sur les successions, dont le taux est fixé sur la base d'une double progression (degré de parenté entre l'héritier et le de cujus et la valeur de l'héritage) peut atteindre des taux supérieurs à 50% de l'héritage et l'on considère, en général, que le niveau d'imposition se trouve à la limite de ce qui est admissible avant de devenir confiscatoire⁶⁹.

En matière d'impôt sur le revenu, contrairement à la doctrine établie au sujet d'autres impôts, la jurisprudence argentine ne s'est pas prononcée, le taux pouvant aller jusqu'à 45%, ce qui a été critiqué par H.A. García Belsunce, qui prône la nécessité d'appliquer le même taux de 33% que la Cour suprême a utilisé au sujet d'autres impôts⁷⁰. En Allemagne, l'impôt sur le revenu peut atteindre le taux de 53%, et l'on considère obsolète (idée que le taux maximal devrait être de 50% du revenu. Même en matière d'impôt sur les intérêts, il peut atteindre jusqu'à 53% à condition qu'il ne touche pas l'épargne (capital) en soi. En Hollande, même s'il a été considéré que l'impôt sur le revenu ne doit pas être supérieur à 80% des enrichissements, aucune disposition constitutionnelle ne l'interdit⁷¹.

En Suède, il n'y a pas de limite constitutionnelle au montant des impôts, mais M. Bogdan considère que:

*An income tax (meaning here the sum of all taxes income) amounting to or exceeding the total income must be considered to be an expropriatory measure, which may not be carried out without compensation. The same applies, in my view, to a wealth tax amounting to or exceeding the taxpayer's total wealth, and to any other tax that is not lower than its base*⁷².

66 MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, p. 8.

67 GARCIA BELSUNCE, *cit. supra*, note 21, p. 21.

68 *Cit. supra*, note 3, p. 9.

69 MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, p. 12.

70 *Cit. supra*, note 21, pp. 22-25.

71 MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, pp. 3 et 9; LANGEREIS, *cit. supra*, note 12, p. 3.

72 *Cit. supra*, note 6, p. 6.

En fait, dans cette matière -comme le signale R. Mußgnug- la seule limite générale qui peut être établie est dérivée des autres garanties que la Constitution établit, dans le sens que l'impôt sur le revenu «*may not be raised by the legislator to levels at which the debtor is deprived of the means required for living and doing business in free self-determination*»⁷³. En Suisse, en revanche, la Constitution fédérale fixe les taux maximaux de l'impôt fédéral direct sur le revenu des personnes physiques à 11,5%. En matière d'impôts cantonaux sur la richesse ou sur les grandes fortunes et sur leur revenu, le Tribunal fédéral suisse n'a pas estimé qu'en soi cet impôt avait un caractère confiscatoire, même si la charge fiscale sur le revenu pouvait atteindre 46,3%. Il a considéré de même qu'une imposition totale de 67,6% perçue au cours de trois années successives sur un même revenu immobilier n'était pas confiscatoire⁷⁴.

Pour finir, il faut aussi signaler en matière d'impôt sur la plusvalue que la Cour suprême argentine a estimé confiscatoire un impôt qui absorbe la plus grande part de la valeur d'un immeuble touché par l'impôt et, éventuellement, tout revenu pouvant produire pendant trente-six ans, alors que la propriété n'avait bénéficié des ouvrages publics concrets (voie pavée) que pour 12% de la valeur⁷⁵. En Suisse, au contraire, un impôt sur la plus-value de 60%, qui représente, pris ensemble avec d'autres impôts sur les bénéfices immobiliers, un impôt de 80% de la plus-value immobilière, n'a pas été estimé confiscatoire par le Tribunal fédéral. Pas davantage il n'a été considéré inconstitutionnel le fait de soumettre à un impôt sur la plus-value la partie d'une indemnisation d'expropriation qui représente un bénéfice immobilier⁷⁶.

III. LA GARANTIE DE L'EGALITE (GENERALITE ET JUSTICE DE L'IMPÔT)

Mais, mise à part la garantie de la propriété privée, spécifiquement en ce qui concerne le pouvoir d'imposition de l'Etat, la deuxième garantie constitutionnelle qui impose une limite à l'exercice du pouvoir de ce pouvoir est la garantie de l'égalité qui exige, en matière fiscale, que le système impositif réponde à des principes de généralité et de justice fiscale. Dans beaucoup de cas le principe est établi dans les constitutions, non seulement de manière générale en tant que garantie des citoyens, mais en particulier en relation au système impositif. Par exemple, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en fixant la contribution commune indispensable pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses de l'administration, prévoit qu'«elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés»⁷⁷. Or, dans le monde contemporain, le principe est établi plus précisément. Par exemple, la Constitution italienne exige que «le système

73 MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, p. 2.

74 ATF 1021 a 220 = JT 19781524 YERSIN, *cit. supra*, note 27, pp. 4, 5 et 13.

75 FALLOS, 136, 161; GARCIA BELSUNCE, *cit. supra*, note 21, p. 30.

76 YERSIN, *cit. supra*, note 27, p. 6.

77 Art. 13.

impositif s'inspirera de critères de progressivité [...]»⁷⁸; la Constitution du Guatemala (1987) établit que «le système impositif doit être juste et équitable»⁷⁹; la Constitution d'Espagne (1978) prévoit que le système impositif doit être «juste, inspiré des principes d'égalité et de progressivité»⁸⁰, et la Constitution du Vénézuéla (1961) établit que «le système impositif cherchera la juste distribution des charges selon la capacité économique du contribuable, compte tenu du principe de la progressivité [...]»⁸¹.

Néanmoins, dans la plupart des constitutions ces postulats ne sont pas expressément fixés dans les textes, mais ils découlent de la garantie générale de l'égalité⁸², c'est pourquoi toute imposition inégale est confiscatoire. Comme le fait remarquer P.M. Gaudemet, une contribution qui de par sa nature dépossède le contribuable du patrimoine qu'il détient, est confiscatoire parce que:

Elle ne peut être également répartie entre tous les contribuables, car elle conduirait à détruire toute la propriété privée au profit de l'Etat. Elle changerait de ce fait la structure de la société ... et méconnaîtrait alors le principe de (égalité devant les charges publiques qui, en France, a valeur constitutionnelles⁸³.

Le principe de l'égalité et de généralité appliqué à la matière fiscale a même conduit aux Etats-Unis à l'annulation, sur la base du «equal protection clause of the fourteenth amendment» d'impôts des états de l'Union qui établissaient des discriminations à l'encontre des non résidents⁸⁴.

Mais si, conformément au principe de la généralité, tous les citoyens doivent contribuer sans discrimination aux dépenses communes, la répartition des charges que de telles dépenses impliquent doit être égale, mais en conformité à la capacité économique des contribuables respectifs. L'égalité en matière impositive exige donc, essentiellement, (application d'un critère de justice qui doit être satisfait par le traitement inégal des personnes se trouvant dans une situation inégale⁸⁵. L'imposition donc doit s'adapter à la capacité économique de chaque personne pour qu'elle ne soit pas injuste.

L'on peut dire que le principe de l'imposition conformément à la capacité économique (capacité de contribution) des personnes, est un principe constitutionnel

78 Art. 53.

79 Art. 243.

80 Art. 31.1.

81 Art. 223.

82 YERSIN, *cit. supra*, note 27, pp. 9-10; BOGDAN, *cit. supra*, note 6, p. 5; HADARI, *cit. supra*, note 11, p. 3; GARCÍA BELSUNCE, *cit. supra*, note 21, p. 35; DARBY, *cit. supra*, note 3, p. 12; MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, p. 6.

83 *Cit. supra*, note 3, pp. 7-8.

84 DARBY, *cit. supra*, note 3, p. 12.

85 Modesto Ogea MARTÍNEZ-OROZCO, «Los preceptos constitucionales en materia tributaria en el derecho comparado» in *XIX Semana de estudios de derecho financiero*, Madrid 1972, pp. 388-89.

(explicite ou implicite) dans le constitutionnalisme contemporain. Nous avons déjà signalé quelques constitutions qui le prévoient, comme c'est le cas de celles du Vénézuéla et d'Espagne. Dans d'autres cas, comme en Allemagne, le principe constitutionnel a été établi par le Tribunal constitutionnel fédéral dans le sens que les citoyens doivent être assujettis aux impôts «seulement proportionnellement à leurs moyens» ou, en d'autres mots, «conformément à leur capacité financière». Pour cela le Tribunal constitutionnel fédéral a estimé que la Constitution interdit les «*strangling confiscatory taxes*» qui «*excessively burden those affected and fundamentally impinge upon their financial circumstances*»⁸⁶.

En tout cas, le concept de capacité contributive en soi ne permet pas d'établir une distinction claire entre impôts confiscatoires et impôts élevés mais non confiscatoires; c'est la raison pour laquelle en Allemagne, d'autres critères complémentaires ont été développés. Dans ce sens-là, R. Mußnug met en avant les suivants: d'abord, le principe que les impôts, en particulier, doivent laisser entre les mains de la personne un minimum de moyens de subsistance, raison pour laquelle les personnes qui gagnent moins de ce dont elles ont besoin pour vivre, doivent être exonérées d'impôts. En outre, il est indiqué que le principe de la capacité exige qu'à toute personne soit laissé le revenu suffisant pour assumer le niveau de vie approprié à son occupation et à son revenu, ceci étant assuré par le principe de la progressivité⁸⁷. Ensuite, le principe de l'imposition équitable, dans le sens que le principe de la capacité contributive doit prendre en compte les autres charges que doit supporter ou assumer le contribuable, comme par exemple, les charges alimentaires familiales. Le Tribunal constitutionnel fédéral a adopté, en ce sens, d'importantes décisions pour protéger les contribuables contre les impôts touchant de façon injuste la famille. De cette façon, le caractère confiscatoire de l'impôt ne découle pas de son taux élevé, mais des effets confiscatoires qu'il pouvait avoir sur les individus qui devaient le payer⁸⁸.

Dans la même optique, en Suisse, et partant du principe constitutionnel de l'égalité, le Tribunal fédéral a établi en matière de justice fiscale les trois principes suivants: l'universalité et l'égalité de l'imposition et la proportionnalité de la charge fiscale fondée sur la capacité économique du contribuable. En contrôlant la constitutionnalité des dispositions légales cantonales, le Tribunal fédéral a distingué deux formes d'égalité: l'égalité horizontale selon laquelle des citoyens à capacité contributive semblable doivent supporter des impôts de même importance, et l'égalité verticale, qui consiste à comparer la situation financière des contribuables modestes à celle des citoyens dont la situation est favorable ou meilleure, et à fixer les charges fiscales des contribuables entre eux en fonction de leur capacité contributive⁸⁹. S'agissant de l'égalité horizontale, signale D. Yersin, le Tribunal fédéral suisse considère que le principe d'égalité est contraignant et limite strictement la marge d'appréciation du Législateur; sa jurisprudence dans ce domaine est abondante et la protection des citoyens relativement étendue; dans ce

86 MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, pp. 2 et 6.

87 *Ibid.*, p. 6.

88 *Ibid.*, p. 7.

89 YERSIN, *cit. supra*, note 27, p. 9.

sens, les citoyens ont la garantie qu'à situation égale, ils ne feront pas l'objet d'une imposition confiscatoire par rapport à d'autres contribuables⁹⁰. Par contre, le contrôle en ce qui concerne l'égalité verticale a été plus prudent. Le Tribunal fédéral a dit que:

En ce qui concerne la progression, il ne peut vérifier que si la réglementation arrêtée peut être justifiée par des motifs objectifs et si elle n'est pas manifestement contraire au principe de l'universalité, de l'égalité et de la proportionnalité⁹¹.

On doit indiquer aussi qu'en Suisse, quant à l'application du principe de la progression, ont été pris en compte les effets de l'inflation dans le sens que, dans la plupart des cantons, un système d'indexation des barèmes d'impôts a été établi de sorte que la plupart des contribuables ne voient plus leur charge fiscale augmenter artificiellement en raison de l'accroissement purement nominal de leur revenu ou de leur fortune⁹².

D'autre part, en ce qui concerne l'application des principes de justice fiscale, la possibilité de procéder à une confiscation impositive -parce qu'injuste- peut aussi découler de l'accumulation sur un contribuable de plusieurs impôts de sorte que ces impôts nuisent à sa capacité contributive. Comme l'indique P.M. Gaudemet:

Le prélèvement fiscal peut devenir confiscatoire lorsque plusieurs impôts, qui isolément non pas d'effet confiscatoire, exercent, du fait de leur réunion, un effet confiscatoire sur le contribuable qui les subit⁹³.

Pour éviter cet effet confiscatoire de la double ou multiple imposition, quelques constitutions, comme celle du Guatemala, interdisent expressément «la double ou multiple imposition interne»⁹⁴. Néanmoins, ceci est exceptionnel; ce qui est normal est que l'on traite plutôt des limitations légales à l'exercice du pouvoir impositif pour éviter la double ou multiple imposition, même lorsque dans des pays, comme la Suède, la double imposition qui, par exemple, touche la totalité du revenu d'un contribuable, n'est pas considérée inconstitutionnelles⁹⁵. Cependant, il est certain que, dans la plupart des pays, ont été établies des protections légales diverses contre la double ou multiple tribulation. Ainsi en France, par exemple, pour éviter que le total de l'impôt sur le revenu et de l'impôt de solidarité sur la fortune dû par un contribuable prenne un caractère confiscatoire, le Code général des impôts (1989)⁹⁶, dispose que ce total ne peut pas excéder 70% du revenu de ce contribuable. Si ce pourcentage était dépassé, l'impôt de solidarité sur la fortune serait réduit de l'excédent ainsi constaté⁹⁷. De cette façon, c'est le Législateur qui protège contre les

90 *Ibid.*

91 *Ibid.*, p. 10.

92 *Ibid.*, p. 7.

93 *Cit. supra*, note 3, p. 11.

94 Art. 243.

95 BOGDAN, *cit. supra*, note 6, p. 6.

96 Art. 885y

effets confiscatoires de la double imposition, en établissant une limite en pourcentage au-delà de laquelle les impositions dues prendraient un caractère confiscatoire.

En tout cas, la question de la double ou multiple imposition se pose avec des caractéristiques spéciales, dans les systèmes étatiques fédéraux, où le pouvoir d'imposition a été distribué verticalement, de façon à ce que les différents niveaux du Pouvoir public ont compétence pour établir des impôts. La double imposition alors, peut aussi apparaître entre impôts nationaux et impôts des états, sans que pour autant elle puisse être considérée en soi confiscatoire⁹⁸. Elle le deviendrait dès lors qu'elle toucherait à la capacité de contribution du contribuable, et partant, lorsqu'elle est injuste.

En Argentine, par exemple, la limite du cumul de deux ou plus d'impôts sur un même fait imposable est généralement celle établie par la Cour suprême pour l'imposition, à 33%, où a été fixé le concept du caractère confiscatoire de l'imposition⁹⁹. Cependant, étant donné qu'il s'agit d'une création jurisprudentielle, la question est de déterminer la portée du contrôle de constitutionnalité en matière de double imposition; on se demande si ladite portée passe outre la limite constitutionnelle, lequel des impôts doit être déclaré inconstitutionnel? En Argentine, il n'y a pas de règle de prééminence des impôts nationaux sur les provinciaux et vice-versa, c'est pourquoi faute de solution générale de la jurisprudence, l'on a pensé que la solution au problème est de limiter chacun des impôts concourant à la limite que la jurisprudence a fixée au caractère confiscatoire de chaque impôt¹⁰⁰.

En tout cas, le problème de la double imposition se pose aussi dans les rapports des impôts nationaux et locaux (des communes) comme en France¹⁰¹ et dans le rapport des impôts établis par plusieurs états d'une Fédération, comme c'est le cas aux Etats-Unis, spécialement en matière d'impôt sur les échanges entre les états¹⁰². Dans ce cas, lesdits impôts:

*In order to pass constitutional scrutiny under the Commerce clause, must be allocated under a formula that seeks to reach only that portion of the gross receipts attributable to the interstate trader's business activities within the taxing State*¹⁰³.

97 GAUDEMET, *cit. supra*, note 3, p. 11.

98 GARCIA BELSUNCE, *cit. supra*, note 21, pp. 32-33.

99 *Ibid.*, p. 34.

100 *Ibid.*, p. 37.

101 GAUDEMET, *cit. supra*, note 3, pp. 10-11.

102 DARBY, *cit. supra*, note 3, pp. 10, 11 et 15.

103 *Ibid.*, pp. 10 et 11.

IV. LA GARANTIE DE LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE

Outre la garantie de la légalité de l'impôt, de la garantie de la propriété, et de la garantie de l'égalité, la quatrième des garanties constitutionnelles qui s'érige en limitation aux impositions confiscatoires est la garantie de la liberté économique. En effet, de même que l'exercice du pouvoir d'imposition ne peut pas éteindre ou détruire le droit de propriété, l'exercice dudit pouvoir ne peut non plus éteindre ou empêcher l'exercice de la liberté d'industrie et de commerce. Toutefois, bien sûr que celle-ci est garantie constitutionnellement, comme tel est le cas dans la plupart des pays occidentaux.

En matière fiscale, cette garantie de la liberté économique et de la libre initiative privée exige, avant tout, que le système impositif s'établisse de façon à protéger l'économie aussi bien publique que privée¹⁰⁴. Ainsi l'exige la Constitution du Vénézuéla, lorsqu'elle dit que le système impositif doit chercher «la protection de l'économie nationale et l'élévation du niveau de vie du peuple»¹⁰⁵.

Ceci suppose, concrètement, que les impôts ne peuvent pas être établis de façon à empêcher, par exemple, le libre développement du commerce sur le territoire d'un Etat. C'est le cas des Etats-Unis où l'on considère que:

*The Commerce clause made the United States a national common market, prohibiting the States from setting up barriers, through regulation or taxation, which unreasonably impede the free flow of commerce throughout the land*¹⁰⁶.

Les impôts ne peuvent pas non plus être établis de façon à rendre l'exercice d'une activité excessivement difficile ou impossible. Comme le dit D. Yersin se référant à la Suisse, «l'impôt doit être supportable pour une entreprise travaillant dans des conditions normales et doit laisser au propriétaire un juste bénéfice»¹⁰⁷. En revanche, si l'impôt n'est pas supportable par l'entreprise, l'empêchant de réaliser son activité économique, cet impôt doit être considéré en principe, confiscatoire. Dans ce sens, par exemple, la Cour suprême des Etats-Unis a concédé un:

*Injunctive relief to a coconut oil manufacturing company from a federal oleomargarine tax partly because it found that paying the tax would destroy his business*¹⁰⁸.

Donc la garantie de la liberté économique, en tant que limite à l'exercice du pouvoir impositif de l'Etat, implique qu'il ne peut y avoir des impôts dont le but est d'interdire une activité économique. C'est-à-dire, sont considérés confiscatoires les impôts interdisant des activités économiques; les tribunaux allemands considèrent ainsi les impôts dans la fixation desquels le Législateur ne poursuit pas des buts

104 V. au sujet de l'Allemagne PALAO TABOADA, *cit. supra*, note 13, pp. 295 et 306.

105 Art. 223.

106 DARBY, *cit. supra*, note 3, p. 10.

107 *Cit. supra*, note 27, pp. 7 et 8.

108 *Miller c. Standard Nut Margarine Co.*, 284 U.S. 498, 510 1932), DARBY, *cit. supra*, note 3, p. 15.

§ 5. PROTECTIONS CONTRE LES IMPOSITIONS CONFISCATOIRES.
XIII CONGRÈS, MONTREAL, 1990

fiscaux, mais cherche à empêcher l'activité taxée en lui imposant une charge insupportable même s'il ne l'interdit pas ouvertement¹⁰⁹. Dans un sens similaire, le Tribunal fédéral suisse a résumé sa jurisprudence en la matière, en signalant qu'un impôt doit être considéré prohibitif

a) Si, ajouté aux frais d'exploitation, il exclut un bénéfice convenable même en appliquant les prix pratiqués dans la branche; b) si, transféré à (acheteur, c'est-à-dire ajouté aux prix de vente, il empêche le commerçant de soutenir efficacement la concurrence des autres entreprises de la branche, auxquelles il peut être comparé¹¹⁰.

En Argentine, s'agissant des impôts à l'importation, ont été considérés confiscatoires les impôts dans les cas où n'a pas été possible leur transfert vers le consommateur et que, de ce fait, ont été absorbés par le contribuable, la taxe ayant touché le capital employé à l'importation ou à l'élaboration du produit, ou bien une partie substantielle du revenu à obtenir avec l'aliénation ultérieure dudit capital¹¹¹.

Même s'il est vrai que la garantie de la liberté économique suppose l'interdiction des impôts prohibitifs, parce que confiscatoires, elle ne peut empêcher qu'au moment de fixer certains impôts, outre leurs buts fiscaux, ils aient pour objet la mise en oeuvre de politiques publiques tendant à dissuader la réalisation d'activités économiques dans des domaines ou secteurs déterminés. Aux Etats-Unis, par exemple, comme l'indique J.J. Darby «*the Courts see no constitutional impediment to extensive Congressional use of the commerce and taxing power to regulate and suppress a wide range of national and local activity*»¹¹². En Allemagne, le même principe de constitutionnalité des impôts dissuasifs d'activités économiques a été établi par le Tribunal constitutionnel fédéral, dans plusieurs cas. Premièrement, concernant l'impôt sur les machines de jeu, lequel a été attaqué parce que l'on considérait qu'il avait lui-même forcé les exploitants de machines à cesser leur activité. Le Tribunal constitutionnel, cependant, a considéré que l'impôt avait seulement diminué drastiquement les bénéfices des exploitants, mais qu'il ne les avait pas éliminés¹¹³.

En deuxième lieu, concernant l'impôt ayant taxé le transport terrestre de longue distance des entreprises, établi pour décongestionner les routes et ouvrir de

109 MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, p. 9-10.

110 AFT 87 132 (YERSIN, *cit. supra*, note 27, pp. 9 et 15).

111 GARCIA BELSUNCE, *cit. supra*, note 21, p. 28. GARCIA BELSUNCE, se référant à ces impôts, signale qu'«on ne saurait nier à l'Etat la faculté de créer des impôts, consommation avec des objectifs extra-fiscaux prohibitifs ou dissuasifs moyennant des taxes tendant à atteindre cet effet. Dans cette hypothèse, on ne peut pas alléguer du caractère confiscatoire de l'impôt, seulement si l'importateur a contracté l'acquisition d'une marchandise par carte de crédit irrévocable ou bien a vendu le produit élaboré si celui-ci est d'origine nationale, car seulement dans de tels cas il existe des droits subjectifs privés protégés par des garanties constitutionnelles, lesquels droits seraient lésés par un impôt confiscatoire sur le capital ou sur le revenu, selon le cas». *ibid.*

112 DARBY, *cit. supra*, note 3, p. 13.

113 BV erf GE 31, p. 8 et ss. MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, p. 10.

nouveaux marchés au chemin de fer, le Tribunal constitutionnel a estimé que l'impôt n'avait pas provoqué la cessation d'activité des entreprises, mais seulement un changement dans la façon de conduire l'affaire¹¹⁴. Dans le même sens, comme l'observe R. Mußgnug:

*It is thus unobjectionable, for instance, that the price for the consumption of tobacco and spirits is noticeably increased by special taxes for reasons of health policy. Constitutional law also permits that the keeping of dogs is made expensive by the dog tax, and that, with more than one dog, it turns into an almost unaffordable luxury. The dog tax does not aim merely at raising revenue. The Legislator may use it to prevent an excessive increase in the number of dogs in the cities as well*¹¹⁵

En tout cas, la possibilité d'utiliser le pouvoir impositif de l'Etat à des fins parafiscales, pour dissuader ou rendre plus difficile l'exercice de certaines activités, ne saurait impliquer une restriction des autres libertés constitutionnelles. Pour cette raison, la dernière des limitations à l'exercice du pouvoir impositif de l'Etat est établie par la garantie constitutionnelle des libertés individuelles.

V. LA GARANTIE DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

En effet, l'exercice du pouvoir impositif non seulement ne peut pas conduire à l'extinction de la propriété ou à l'interdiction de l'exercice de la liberté économique, mais encore il ne peut pas être conçu comme une limitation ou une restriction des autres libertés individuelles garanties constitutionnellement. Par exemple, par le biais de l'imposition, on ne peut pas limiter la liberté de la presse, la liberté religieuse ou la liberté de contracter mariage.

En ce qui concerne la liberté de la presse en Allemagne, d'après R. Mußgnug «*a newspaper tax is out of question, because it would impinge upon the freedom of the press and information*»¹¹⁶. Dans le même sens, concernant les Etats-Unis, J.J. Darby indique que «*the first Amendment guarantees the freedom of the press. Although the press is subject to non-discriminatory taxation the same as other businesses, it may not be singled out and taxed in a manner that lends itself to the suppression of opinions objectionable to the government*»¹¹⁷. Sans doute, ces mêmes critères existent-ils dans tous les pays dont les constitutions garantissent la liberté de la presse.

Les mêmes principes s'appliquent en ce qui concerne la liberté religieuse. Selon R. Mußgnug, en Allemagne, «*a taxation of religious services would be an unconstitutional encroachment on the freedom of religion*»¹¹⁸. Sur le même sujet par rapport aux Etats-Unis, J.J. Darby signale ce qui suit:

114 BV erf GE 16, p. 147 et ss. *ibid.*

115 *Ibid.*, p. 11.

116 *Ibid.*

117 *Cit. supra*, note 3, p. 9.

118 *Cit. supra*, note 5, p. 11.

The first Amendment also pertains to the freedom of religion. It provides a religious guarantee divided into two points: 1) the establishment clause, prohibiting an established church and in the opinion of some erecting a wall of separation between church and State; and 2) the Free Exercise clause prohibiting the government from interfering with religion. A non-discriminatory tax on property owned by religious institutions does not violate the first Amendment (Gibbons v. District of Columbia, 116 U.S. 404 (1885)), but neither does an exemption from State and local taxes of real property used exclusively for religious purposes (Waltz v. Tax Commission, 397 U.S. 664 (1970))¹¹⁹.

Quoiqu'il en soit, J.J. Darby observe que les problèmes se posent lorsque l'impôt touche, non pas le privilège d'accomplir un service religieux, mais une activité que le groupe religieux considère comme partie intégrante de son ministère¹²⁰.

Enfin, en ce qui concerne les libertés individuelles, un autre exemple de limitation à l'exercice du pouvoir impositif de l'Etat découle de la liberté de contracter mariage. En effet, un impôt sur le mariage serait en soi inconstitutionnel car il limiterait la liberté et le droit de se marier qui, de plus, doit faire (objet d'une protection spéciale¹²¹). En outre, le Tribunal constitutionnel allemand a estimé comme un impôt «caché» sur le mariage l'augmentation de la taxe impositive résultant de l'obligation des époux de déclarer conjointement l'impôt sur le revenu, par rapport à ce que chacun doit payer individuellement. Dans ces cas, le Tribunal a estimé que cette augmentation, bien qu'elle n'avait pas d'effets confiscatoires, constituait un obstacle considérable à la libre décision de se marier¹²².

CONCLUSION:

LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE

Dans les notes précédentes, d'un point de vue de droit comparé, nous avons analysé les limites constitutionnelles aux impositions confiscatoires. Celles-ci, ou bien sont établies expressément dans les textes constitutionnels, ou bien découlent des principes constitutionnels et, en tout cas, ont leur fondement dans la consécration par un texte constitutionnel écrit et rigide, d'une série de garanties fondamentales. Donc, la question des limites au pouvoir d'imposition ne peut se poser que dans les pays où il existe une constitution écrite et rigide; d'où la difficulté de soulever la question dans des pays comme l'Israël, où il n'existe pas de constitution écrite et rigide dans un sens moderne. Ainsi en découle du rapport de Y. Hadari. De plus, la question peut se poser seulement en des termes justes dans les constitutions qui consacrent les garanties des droits de propriété et de liberté

119 *Cit. supra*, note 3, pp. 9-10.

120 *The Jimmy Swaggart Ministries v. Board of Equalization of California*, 204, Cal. App. 3d 151 (1988); *Texas Monthly Inc. v. Bob Bullock*, 109 S. Ct. 890 (1989) *cit. supra*, note 3, p. 10.

121 MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, p. 11; Venezuela, art. 73 de la *Constitution*.

122 EV erf GE 6, p. 55 et ss. (MUßGNUG, *cit. supra*, note 5, p. 11).

économique; d'où la difficulté ou l'impossibilité de son traitement dans des pays où de telles garanties ne sont pas établies, comme c'est le cas de la Tchécoslovaquie, comme l'a montré le rapport de Messieurs les professeurs J. Nemcova et J. Zemanek.

Or, dans les constitutions s'établit le pouvoir d'imposition de l'Etat en tant que l'une des manifestations du pouvoir public. Néanmoins, comme tout pouvoir public, le pouvoir impositif n'est pas illimité. Non seulement son exercice est soumis à des règles constitutionnelles organiques qui l'attribuent à certains organes de l'Etat, le Législateur, par exemple, mais aussi ce pouvoir est soumis à des limitations dérivées de la déclaration constitutionnelle des droits fondamentaux des citoyens et des garanties constitutionnelles qui s'établissent en ce qui concerne lesdits droits.

Mais comme dans l'ensemble des règles constitutionnelles, il ne servirait à rien d'établir le principe de la suprématie constitutionnelle et celui de la limitation à l'exercice des pouvoirs de l'Etat, sans que parallèlement l'on n'établisse une juridiction constitutionnelle qui permet aux citoyens d'exercer le contrôle de la constitutionnalité des actes impositifs. Celle-ci étant la véritable garantie face aux impositions confiscatoires, car, en définitive, la garantie juridictionnelle est «la garantie des garanties» des droits constitutionnels.

Pour cela, dans les pays où il n'y a pas de juridiction constitutionnelle, comme c'est le cas de la Hollande, selon le rapport de Ch.J. Langeréis, la question des limites aux impositions confiscatoires est un problème d'ordre légal, qui se résout en des limites à l'activité administrative impositive (recouvrements excessifs, réclamations administratives).

Ainsi donc, la matière des limitations constitutionnelles aux impositions confiscatoires dans tous les pays où elles existent a été la juridiction constitutionnelle qui les a définies et précisées. Dans les systèmes de contrôle concentré de la constitutionnalité, comme en Autriche et en Allemagne, c'est le tribunal constitutionnel de chaque pays qui a établi une jurisprudence en la matière. Ceci découle clairement des rapports de D. Roessler et R. Mußgnug. Il en va de même pour la Suisse en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité de lois cantonales, comme il ressort du rapport de D. Yersin.

Dans les systèmes de contrôle diffus de constitutionnalité, comme c'est le cas de l'Argentine et des Etats-Unis, c'est la Cour suprême qui a défini peu à peu une doctrine jurisprudentielle très riche en la matière, ce que MM. H.A. García Belsunce et J.J. Darby font clairement ressortir dans leur rapport. C'est le cas aussi des systèmes mixtes de contrôle de constitutionnalité comme c'est le cas de la Suisse, tel qu'il en résulte du rapport de D. Yersin en ce qui concerne la doctrine du Tribunal fédéral.

A l'opposé, dans des pays où la juridiction constitutionnelle ne s'est pas développée, comme c'est le cas de la Suède, ainsi qu'il en ressort du rapport de M. Bogdan, le contrôle judiciaire est encore faible.

§ 5. PROTECTIONS CONTRE LES IMPOSITIONS CONFISCATOIRES.
XIII CONGRÈS, MONTREAL, 1990

L'on pourrait dire la même chose en ce qui concerne la France, même si on doit considérer que le travail du Conseil constitutionnel pendant les trois derniers lustres a été de très grande importance, s'agissant du développement de la justice constitutionnelle. Cependant, le fait qu'il s'agisse d'un contrôle a priori, réservé à certaines autorités publiques, a empêché le contribuable d'avoir un accès direct à ladite juridiction. C'est pourquoi, comme il ressort clairement du rapport de P.-M. Gaudemet, il n'y a pas de décisions du Conseil en la matière, la question restant posée en des termes doctrinaux.

§ 6. CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS OF REGIONAL ECONOMIC INTEGRATION

**General report to the *XV International
Congress of Comparative Law, International
Academy of Comparative Law, Bristol,
September, 1998****

INTRODUCTION

It could be said that regional integration processes, particularly the European one, have been and are being implemented, above all, thanks to the contributions of constitutional law. Conversely, nonetheless, experts in constitutional law have paid insufficient attention to them. They have been analysed generally from the political and economic perspectives, and from the legal point of view, specialists in economic and public international law have studied them.

In general, however, the fact is that the existence and implementation of regional integration in Europe, has been the result of the evolution of constitutional law, materialized in constitutional revisions and amendments in each of the Member States. Even the idea of supranationality, more than a concept of public international law, is a concretion of constitutional law in order to adapt the old concept of sovereignty.

For example, if each and every Constitution of the member States of the European Union -as has occurred over the past fifty years- had not included *expressis verbis* provisions limiting the powers of State bodies, in order to allow transfers to supranational or community bodies and had they not included provisions

* Published in Spanish: *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas 1998, 169 pp.

regarding the pre-eminence of community law in relation to internal law, it would have been impossible to achieve the current status of the European Union. This explains why the Treaty of Maastricht of 1992 and the Treaty of Amsterdam of 1997, important steps in the regional integration process, triggered the largest number of constitutional revisions on the European continent, almost simultaneously.¹

It is for this reason that, three decades ago, one of the greatest contemporary comparative lawyers, Leontin Constantinesco, in referring to the institutional aspects of regional integration stated, with reason -both then and now- that the problems they originated were not of interpretation, but rather of constitutional reform.²

In Europe, in all the cases constitutional amendment and support to implement the legal transformation required by regional integration, were so obvious and elemental. Because they were both necessary and indispensable, little attention needed to be given them from the point of view of constitutional law. In fact, it wasn't until after the conclusion of the European Union's Treaty of Maastricht of 1992 and of its modification by the Treaty of Amsterdam of 1997, and of changes that they introduced in the European community, such as the economic and monetary union; foreign policy and common security; Union citizenship; free transit of individuals and an increase in the powers of the European Parliament, that the subject of regional integration began to attract the interest of constitutionalists, both from the internal point of view of the Constitutions of each country, as well as from the point of view of the theory of the Constitution with the development of the idea of a European Constitution.³

It is precisely for this reason that Subject IV B3 -the constitutional implications of regional integration processes- was selected for the XV *International Congress in Comparative Law*, to be held in Bristol in 1998, which we will study as the General Reporter.

We have been dealing with this topic for some thirty years now,⁴ and more recently by examining the regional integration of the Andean Group⁵. Therefore, in preparing

1 See Jean-Claude MASCLÉ and Didier MAUS (dir), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Paris 1993.

2 Leontin CONSTANTINESCO, *Las relaciones del derecho comunitario con el derecho de los Estados miembros*, Seminario sobre Aspectos Legales de la Integración para Profesores de Derecho, INTAL, Buenos Aires, March 1967, p. 88.

3 See Jean-Claude MASCLÉ, "Rapport introductif", in Jean-Claude MASCLÉ and Didier MAUS (dir) *Les Constitutions nationales...*, *op. cit.*, p. 7; also see Santiago MUÑOZ MACHADO, "Espagne", in *Ibid.*, p. 43.

4 Allan R. BREWER-CARÍAS, *Les problèmes constitutionnels de l'intégration latino-américaine*, Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé, Strasbourg, Fascicule N° 753, session d'automne, Madrid 1968, (mimeograph), 32 pp.; *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas 1968, 131 pp.

5 Allan R. BREWER-CARÍAS, *Le droit communautaire: une expérience pour l'intégration andine*, Third ECSA-World Conference, The European Union in a Changing World,

§ 6. CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS OF REGIONAL INTEGRATION.
XVIII CONGRÈS, BRISTOL, 1998

this General Report we have used prior studies on the subject⁶ as a starting point, in addition to the National Reports that we have received on the topic.

With respect to the National Reports presented within the framework of the Congress, the following have been received:

Canada:	Vilaysoun Loungnarath, <i>Les implications constitutionnelles, pour un Etat de la participation à un processus d'intégration régionale</i> , 55 pp.
Finland:	Erkki Mennola, <i>The European Integration and the changing constitutional status of the Local and Regional Authorities. A Dynamic Perspective</i> , 10 pp.
France:	Jacqueline Dutheil de la Rochère, <i>Les implications constitutionnelles pour un Etat de a participation à un processus d'integration régionale</i> , 15 pp.
Germany:	Ingolf Pernice, <i>Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and "multilevel constitutionalism,"</i> 25 pp.
Italy:	Paolo Caretti, University of Florence, <i>Constitutional implications of the process of European Integration</i> , 11 pp.
Japan:	Hiroshi Otsu, University of Tokai, <i>Les problemes constitutionnels japonais relatifs a l'integration régionale en Asie de l'Est</i> , 22 pp.
Netherlands:	Bruno de Witte, University of Maastricht, <i>Les implications constitutionnelles, pour un Etat de la participation a un processus d'integration régionale</i> , 16 pp.
Switzerland:	Karine Siegwart, University of Zurich, <i>Implications constituionelles pour un Etat de la participation à un processus d'integration régionale</i> , 32 pp.
United Kingdom:	John W. Bridge, University of Exeter, <i>Constitutional Implications for the United Kingdom of Participation in Regional Integration in Europe</i> , 50 pp.
USA:	George A. Bermann, <i>Constitutional Implications of U.S. Participation in Regional Integration</i> , 18 pp.

Brussels 19-30 September 1996, Working Group N° 10. The EU and Latin America, Brussels, 1996, 21 pp.

6 Allan R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. II. *El Poder Público: Nacional, Estatal, Municipal*, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 311 and ff.

Of the ten National Reports received, six dealt with countries that are actively participating in the European regional integration process, as is the case of *Germany, Finland, France, Italy, the Netherlands and the United Kingdom*, but each with particular characteristics that make them very interesting, comparatively speaking. *Switzerland*, on the other hand, is a country that requested admission to the European Union in 1992, but is not yet a member. The other three National Reports are from three countries that are not participating in any regional integration processes, namely *Canada, the United States and Japan*, and whose Constitutions have no provisions that would allow them to actively participate in this type of process.

The National Report from *Japan*, by Professor Hiroshi OTSU from the University of Tokai, mainly includes quasi-extralegal comments on the topic of integration because there is really no regional integration experience in the Asian region. In the economic sphere, noteworthy is ASEAN (1967) whose members are Indonesia, Malaysia, Singapore, the Philippines and Thailand, but which is still nothing more than an unofficial incentive that was neither created by a Treaty nor does it have permanent bodies. The “Accord on common preferential tariffs for the ASEAN Free Trade Area (AFTA)” was concluded in 1992, but without any idea of creating neither supranational bodies nor community law. Nonetheless, Professor Otsu’s report critically demonstrates the very limited probability of Japan’s participating in any type of regional integration, mainly because of the opposition of the United States, whose influence on Japanese policies has always been a determining factor ever since the signing of the San Francisco Peace Treaty (1951). Professor Otsu’s conclusion is the following:

With respect to regional integration, if the Cabinet wishes in the future to actively commit to community bodies, basing its decision on the willingness of the majority of the Deputies, it may enter into any treaty, even a treaty that conflicts with the Constitution, but on condition of receiving the consent of the United States.⁷

In the U.S. National Report, Professor George A. Bermann from Columbia University, New York, underscores the lack of constitutional experience with supranational regimes in the country, despite the longevity of the U.S. Constitution. After analysing the legal implications of the U.S. experience of participating in international economic organizations such as the GATT, the WTO, as well as CUSFTA and NAFTA, he concludes by indicating the following problem:

US membership in supranational legal regimes remains very real. Not only are treaty regimes subject to the procedural and substantive requirements of the US Constitution, but Congress has taken very firm steps in implementing such treaties to ensure that US legislative authority is not impaired as a result of such treaties or of the agreements and rulings adopted pursuant to them.⁸

7 Hiroshi OTSU, *Les problèmes constitutionnels japonais relatifs à l'intégration régionale en Asie de l'Est*, Rapport National au XV Congrès Internationaux de Droit Comparé, Bristol 1998.

8 George A. BERMANN, *Constitutional Implications of U.S. Participation in Regional Integration*, National Report to the XV International Congress of Comparative Law, Bristol 1998.

Professor Vilaysoun Loungnarath from the University of Montreal, in relation to Canada also stresses the participation of that country in NAFTA, and because this is an agreement for a free trade area that does not imply supranationality, correctly points out the lack of constitutional repercussions in internal laws. Almost the entire report studies a project called the *Partenariat*⁹ to be established between Canada and Quebec if the latter province becomes independent. In analysing this agreement and on the basis of the *Entente* of June 12, 1995, signed by the separatist parties of Quebec, professor Loungnarath establishes a parallel between this future project and the European regional integration process with the adhesion of the United Kingdom, bearing in mind that Canada also has a dualist system that requires approval of Treaties by law so that they may become instruments that are recognized by internal law.

With regard to the European National Reports that have been received, as we stated earlier, they have very interesting aspects that will be useful for comparison purposes.

In the National Report of *France*, Professor Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE from the University of Paris 2, deals with the most important constitutional aspects of France's participation in European integration, stressing that in 1952 and 1958, when the Treaties of the European Communities were signed, there were no major constitutional difficulties mainly because of an absence of a body for judicial review of constitutionality, other than political, given the limited powers of the Constitutional Council pursuant to the Constitution of 1946. On the contrary, although the ratification of the Sole European Act in 1986 took place without bringing the question of constitutionality before the Constitutional Council, with the ratification of the Maastricht Treaty in 1992 and the Treaty of Amsterdam in 1997, the Constitutional Council decided regarding the incompatibility of both of these and the Constitution, resulting in the constitutional reform of 1992 that incorporated provisions regarding the European Union and which, in the near future, will produce a new constitutional reform to allow for the ratification of the Treaty of Amsterdam.

The decisions of the Constitutional Council have broadly discussed the subject of limits to sovereignty as a result of regional integration, as well as the transfer of powers to supranational entities, imposing a limitation that they can never affect the essential exercise of national sovereignty. In other words, regional integration is constitutionally limited by the condition that the exercise of national sovereignty by the State cannot be infringed, under any circumstances, which is why Professor Dutheil de la Rochère, points out that in France, "the question of the acceptable degree of a transfer of sovereignty is always the subject of political and legal debate."¹⁰

9 See Vilaysoun LOUNGNARATH, *Les implications constitutionnelles, pour un Etat, de la participation à un processus d'intégration régionale*, Rapport Canadien au XV Congrès Internationale de Droit Comparé, Bristol 1998, pp. 3.

10 See Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Les implications constitutionnelles pour un Etat de la participation à un processus d'intégration régional*, Rapport français au XV Congrès International de Droit Comparé, Bristol 1998, p. 1.

In the national report from Italy, Professor Paolo Caretti from the University of Florence, analyses the Italian constitutional process with respect to European integration beginning with the Constitution of 1948. Although it could not foresee Italy's participation in a process of building supranational organizations, which appeared in Europe years later, it does however contain an article on "international vocation," specifically article 11 that permit limiting sovereignty to guarantee peace and justice among nations. The broad interpretation of this article by the Constitutional Court enabled the incorporation of Italy into the European Community. Professor Caretti, however, stresses the impact of the Treaties of Maastricht and Amsterdam on European Constitutions to the degree that Italy is discussing a constitutional reform to specifically provide for its participation in the European Union.

The National Report from the Netherlands by Professor Bruno de Witte, from the University of Maastricht, describes the constitutional revision process that took place in that country in 1953, motivated precisely by the adoption of the CECA Treaty of Paris of 1951 and which later served as a basis for the participation of the Netherlands in European integration, without the need for subsequent amendments. In this context, although the Constitution of the Netherlands makes no direct reference to the European Union, the Netherlands has long been considered the country that is constitutionally best adapted to the European requirements because since 1953 it has had a constitutional framework open to integration. We should add to this the fact that the Netherlands has no system for controlling the constitutionality of government actions, such as those attributed by other countries to the Constitutional Courts.

The National Report from Germany, by Professor Ingolf Pernice, of the University of Mannheim particularly stresses the constitutional topic of the transfer of sovereignty to supranational entities as a requirement of the regional integration process that has its basis in Article 24.1 of the Constitution of the German Federal Republic. Professor Pernice points out that this article was incorporated into the Constitution as a result of the lesson learned by Germany from the historical failure of the classic concept of the Nation-State in the two world wars and shows how the German Federal Republic, from its beginnings, was constituted to become a member of a broader political system. The Professor ends by stating that because of the European integration process and the "constitutional mutations" that have been experienced:

Constitutional law in Germany –and this applies equally to other Member States– cannot be read only in the text of the *grundgesetz*, but must also be construed in its "context" formed by the Constitution and legislation of the European Community, or in the future, the European Union.¹¹

From this point of view, Professor Pernice points out that both legal systems - the constitutional and that of the European Union- are interrelated and complementary, which he considers to be elements of one "sole constitutional

11 See Ingolf PERNICE, *Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and "multilevel constitutionalism"*, German Rapport to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol 1998, pp. 2 and 3.

system” that he calls “multilevel constitutionalism”¹² which is in a continuous process of change, both with respect to the European Constitution, as well as the national constitutions.

As regards the *United Kingdom*, the National Report by Professor John W. Bridge, from the University of Exeter, describes in detail the very profound, almost revolutionary changes that the United Kingdom’s accession to the European Union provoked in the British Constitution; traditionally characterized by being an unwritten Constitution, with parliamentary sovereignty and a dualist system. Therefore, in 1972, the year in which the United Kingdom acceded to the Union, although constitutional revision in the United Kingdom was not similar those used in continental Europe, a constitutional revision did take place by adoption of the *European Communities Act 1972*, whose ratification it might be said amended the British Constitution. While this Act is in force in the United Kingdom, it can be said that the United Kingdom complies with constitutional requirements of regional integration, and although the principle of parliamentary sovereignty might make it seem that Parliament can modify or repeal the Act at any time, nonetheless because of constitutional convention this cannot occur while the United Kingdom is a member of the European Union.

With respect to Finland, the National Report prepared by Professor Erkki Mennola of the University of Tampere, does not really deal with the constitutional aspects of regional integration and the reforms that would have to be made to the Constitution of Finland for that country’s accession to the European Union. The National Report rather refers to a very interesting aspect derived from the European Process, which is the effect of regional integration on local and regional government levels in each Member State. He points out, in this manner, how the regional integration process, has reinforced the status of local and regional authorities of each Member State indicating, moreover, the growing participation of regions and cities on the European level. Professor Mennola particularly refers to the authorization granted on the European level to regional institutions to become relevant partners in the European Union as has occurred in the case of the cross-border cooperation agreements (Interregional programmes) that promote a Europe without borders. In this regard, noteworthy are the manifestations of the European Parliament geared to promoting more radical constitutional changes in favour of regionalization and the regional institutions within the Member States.

Lastly, as regards Switzerland, the National Report prepared by Professor Karin Siegwart of the University of Zurich should be mentioned, which studies the case of a European State that is not a member of the European Community, but has requested accession. For accession, as in the case of the 15 Member States, the Swiss Constitution will have to be reformed to permit the transfer of powers from the Swiss Federal entities, and even from the Cantons, to European supranational entities.

Taking in to account these National Reports and individual research on this subject, we have prepared this General Report in which we will compare the European and Latin American regional integration processes, particularly that of the

12 *Op.cit.*, p. 4.

Andean Community. We chose the Latin American regional integration process because it is the one that is most similar to the European process insofar as goals and intentions are concerned, but with the salient difference, of precisely a constitutional nature, that the Latin American countries have not generally complied with the constitutional requirements of a regional integration process.

I. CONSTITUTIONAL REQUIREMENTS OF REGIONAL INTEGRATION IN THE EUROPEAN EXPERIENCE BEFORE THE MAASTRICHT TREATY (1951-1992)

1. *Contrast between Constitutional Issues*

As we stated earlier, the European regional integration process since the signing of the Treaty of Paris on the Economic Community of Coal and Steel CECA (1951) and the Treaty of Rome on the Economic Community and EURATOM (1958), the passage through the European Community (1986) and the establishment of the European Union with the Maastricht Treaty (1992), perfected by the Treaty of Maastricht (1997), and perfected by the Treaty of Amsterdam (1997), has always had the support of the Constitutions of the Member States. In other words, the European integration process, in all its phases, has always been preceded by a rearrangement of the Constitutions of the Member States, in order to allow the process and ease its way avoiding, whenever possible, all conflict between the juridical significance of economic integration, the Community and the Union, and the provision of the Constitutions of Member States. Thus, European lawyers have considered the constitutional solution of the progressive incorporation of Member States into European integration, communities and the Union to be natural and logical and the subject has not been assigned any significant importance because it has been the most natural and normal process that could have been followed by internal laws in adapting to community processes.

On the other hand, in Latin America, no matter how flagrantly certain integrationists try to ignore or overlook it, the constitutional problem of integration is the most important legal problem of integration because, if it is not resolved, the solid juridical basis that the regional integration process requires cannot exist. In contrast to what occurred in Europe, the Constitutions of Latin American countries, with a few important exceptions, do not resolve the legal problems of participating in a community-type economic integration process. Therefore, the transfer of powers from internal constitutional bodies to the supranational community bodies as a requirement of a regional integration process does not have the decisive backing of the Constitutions of the countries. There is a general willingness to make headway with respect to *Mercosur*, or even in transforming the Andean Pact (the Sub regional Andean Integration Agreement) within the Andean Community, but a solution has not been found to the constitutional problems that these processes imply.

An integration process requires the establishment of supranational bodies to which powers that have traditionally been held exclusively by the constitutional bodies of the States ought to be transferred. Because of this regional integration process, national entities find that they are limited in exercising their powers by the actions of the supranational bodies. In this context, community law must be preferentially, immediately and automatically applied over internal law, in all Member States, to both the national entities and citizens. The national constitutional

bodies also find that they cannot control the constitutionality of community law before the Supreme Courts or Constitutional Courts of the country.

A process of this type cannot be founded on constitutional interpretations given it in each Member State, but rather on solid amendments and constitutional regulations that may allow and authorize the process.

It is precisely for this reason that constitutional problems of regional integration, although they have not had special relevance in Europe because they always had been resolved before any progress was made, nonetheless, were again addressed at the ratification of the Maastricht Treaty, which gave birth to the European Union and at the ratification of the Treaty of Amsterdam. Now, the close relationship between constitutional law and international public law was clearly demonstrated and their symbiosis is the origin of supranational community law. Also, as Professor Pernice stated, the implications of constitutional law derived from the participation of Member States in the European Union are of a nature that “they cannot accommodate more aspects of international public law” because it is “a question of not only adapting the Constitutions, but also of the general constitutional culture with respect to the multiple and necessary interactions between the two levels of government for a society of citizens with one multiple, or at least two identities: national and European.”¹³

The Maastricht Treaty ratification process in 1992, in almost all the European countries, led to constitutional amendments (as in Germany, France and Spain), many of which were accomplished via a consulting referendum (as in France) and after the exercise of control of the constitutionality of the laws approving the Maastricht Treaty by the Constitutional Courts. The process thus highlighted the fact that community law in the European countries was based on and is ultimately based on the Constitution of each such country, so that progress in the integration process and the formation of the European Union was possible because of compliance with the rule of law. The same is occurring with respect to the ratification of the Treaty of Amsterdam of 1997. The process thus stressed that community law in the European States, in the final analysis, has been based on and is based on the Constitution of each State so that progress in the integration process and in the formation of the European Union has been made possible by complying with the rules of law.

In other words, with the Maastricht Treaty and the Treaty of Amsterdam, it can be said that constitutionalism has taken on a determining role in European integration, so that community law cannot progress any further without the decisive aid of constitutional law. It may even be said that the decisions of the German Federal Constitutional Court, of the French Constitutional Council and of the Spanish Constitutional Court at the beginning of the nineties, which led to important constitutional reforms in each of these countries, were a wake-up call regarding the legal set up of the regional integration process. For the first time, it touched upon essential and traditional aspects within the ambit of national sovereignty, such as: the passive right to vote, security of citizens crossing borders, and monetary policies.

13 See Ingolf PERNICE, *Rapport..., cit.*, p. 8.

However, despite this apparent awakening of interest in the constitutional topic of regional integration, the truth is that, in Europe, the economic integration process and the establishment of community law have only made headway because of the permanent support of constitutional law of each Member State; consequently, the constitutional element has been a constant in the process for about the past fifty years.

By contrast, in Latin America, where integrationist wilfulness has been notorious, the fundamental players in the process have delayed addressing the constitutional requirements of integration and have even downplayed the point, so that the integration process of, for example, the Andean Group, now the Andean Community, has had a very weak constitutional foundation, which, in many cases, has been nonexistent.

On the contrary, in each of the fifteen States that form part of the European Union, an adaptation process of their Constitutions to the requirements of regional integration had occurred and they expressly incorporated into their Constitutions provisions relating to the regional integration process. Of course, these provisions are neither uniform nor have the same scope, but they do provide a constitutional basis for supranationality in each country. Professor Francisco Rubio Llorente, from the Autonomous University of Madrid, has summarized the situation of the constitutional bases for integration in Europe as follows:

The Constitutions of all the Member States that have written Constitutions (that is, all except Great Britain) include some sort of provision regarding the EC.

However, these provisions differ greatly. The first important difference is with respect to the purpose of the constitutional provision. In some cases it is limited to authorizing the incorporation of the country into the EC in generic terms; in others (Ireland), this authorization is given by express reference to founding Treaties, that thereby and in a certain sense acquire constitutional ranking, accompanied by a provision that attributes a direct effect and absolute precedence to derived community law in the internal system of laws; in yet others, (Portugal and Great Britain, although naturally in the latter case), the regulation is not found in the Constitution, but in a law enacted by Parliament (*European Communities Act*) and the precept is limited to granting validity in the internal system of laws to the derived community law, although without an indication as to precedence.

Even if we limit the comparison to those Constitutions that are the most numerous and which contain a generic authorization for incorporation into the EC, the differences are also quite appreciable:

- In certain cases authorization is given to accept "limitations of sovereignty" (France - Preamble of 1946, Italy - article 11, and Greece - article 28.3); in others to *transfer* "sovereign powers" (Germany, article 24) or simply "certain powers" or those attributed by the Constitution (all others, including Greece - article 28.2 - that surprisingly uses both formulas).

- Some Constitutions condition the transfer to the requirement that this be done "within specific limits" (Denmark), or only "temporarily" (Luxembourg), or under conditions of equality (Italy), or reciprocity (France), while in other

Constitutions the transfer is made without any condition attached (such as Belgium, article 25 bis; Spain, article 93; Great Britain; Ireland, article 28.4.3, and Portugal).

- Other Constitutions grant authorization of transfers for specific purposes. The Constitutions enacted immediately after WW II (France, Italy and Germany) have references to peace and international security; Denmark's Constitutions addresses order and international cooperation; that of Greece, surprisingly makes a reference to "an important national interest." The States, which do not include conditions, do not indicate any purpose.

- Lastly, with respect to the procedure for incorporation, the most pronounced difference is between those Constitutions that provide a procedure analogous to constitutional reform (Denmark, Greece, Holland, Ireland and Luxembourg) and those others that use the ordinary procedure (Germany, Belgium, France, Great Britain, Italy and Portugal).¹⁴

All these constitutional provisions for regional integration were introduced into the Constitutions of the Member States as the integration process advanced from the Treaty of Paris of 1951 to the Maastricht Treaty of 1992, and are being modified because of the Treaty of Amsterdam of 1997.

2. *Constitutional Situation prior to the Treaty of Paris (1951): Germany, Italy, France*

On April 18, 1951, adhering to the proposal formulated a year earlier by Minister Schumann, six European countries, Belgium, the Federal German Republic, France, Italy, Luxembourg and the Netherlands (Holland), signed the Treaty that established the Economic Community of Coal and Steel (CECA).

When the Treaty of Paris was signed in 1951, although the post-war Constitutions had not been approved with a process of supranationality in mind, it could be said that the constitutional requirements of the regional integration process were met in the three countries that played the principal roles in World War II: Germany, Italy and France and which, in addition, had also incorporated systems to control the constitutionality of laws by Constitutional Courts, although to a lesser degree in France (the Constitutional Council).

A. German Federal Republic

The Constitution of 1948 of the German Federal Republic stated the following in article 24:

Article 24. 1. The Federation may, by law, transfer rights of sovereignty to international institutions.

2. The Federation may join a reciprocal, security system to safeguard peace *and will consent, in this regard, to limiting its rights of sovereignty*, so that a

14 Francisco RUBIO LLORENTE, "Integración supranacional" in E. GARCÍA DE ENTERRÍA and M. CLAVERO ARÉVALO, (ed.), *El derecho público a finales del siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid 1997, pp. 722-23.

peaceful and lasting order may be achieved in Europe and among the peoples of the world, and to guarantee such order.

3. The Federation, in resolving international conflicts, will adhere to conventions regarding international arbitration jurisdiction of a general and binding nature.

Thus, with this “integration clause,”¹⁵ the possibility of transferring powers from national bodies to supranational entities was constitutionally resolved, allowing for the idea of economic supranationality.

Similarly, article 25 of the Constitution, also provided a solution for the topic of the relationship between international law and internal law by establishing that “the general rules of international law are an integral part of federal law,” and that “they take precedence over the other laws, directly creating rights and obligations for the inhabitants of the federal territory.” Although in applying this and other constitutional devices the courts had reached diverging opinions, it was the Federal Constitutional Court that, at all times, had jurisdiction in case of conflict.

As a result, from the very beginning, the Federal Constitutional Court acknowledged the precedence of community law over internal laws, thereby following the doctrine of the European Community Court of Justice as stated in the case *COSTA vs. ENEL* (1964). In its decision of October 18, 1967, the Federal Constitutional Court in fact qualified the rules adopted by community institutions as constituting their own system of laws that neither belongs to international law nor to the national laws of the Member States. In another decision of July 9, 1971, it requested that national judges apply community law over conflicting national laws, which they replace.¹⁶

Since its 1967 decision, the Federal Constitutional Court had, however, established an important reservation with respect to the provisions of the Constitution regarding fundamental constitutional rights. It declared in its decision of May 29, 1974, that article 24 of the Constitution which refers to the transfer of powers to international and also supranational entities, has constitutional limitations derived from the elements that configure the identity of the German constitutional system, among which are the fundamental constitutional rights that cannot be diminished. Thus, the Federal Constitutional Court reaffirmed its own authority to exercise control over the constitutionality of community regulations and their relationship to fundamental rights, despite the fact that a pre-trial decision had been requested from the European Community Court of Justice in one specific case. The Federal Constitutional Court considered, therefore, that the level of protection provided by the community bodies had not achieved the level of protection provided by its internal laws.¹⁷

15 See Ingolf PERNICE, *Rapport..., cit.*, p. 9.

16 See Rudiger STOTZ, “La primauté du droit communautaire en Allemagne”, *Revue française de droit administratif*, N° 6, Paris 1990, p. 957.

17 *Ibid.*, p. 958.

Subsequently, after the European Community Court of Justice specifically acknowledged in the *Hoechst* case (9-21-89) that the list of fundamental rights protected by community bodies included not only those contained in the European Convention on Human Rights, but also those embodied in the constitutional tradition of the Member States, the German Constitutional Court accepted that there was no reason to assume that the level of protection for those rights was insufficient under community law. The German Constitutional Court went on to state that it would no longer exercise its jurisdiction with respect to the applicability of derived community law and; consequently, it would not control that law in the light of the rights and liberties provided for in its Constitution.¹⁸

B. Italy

The Constitution of 1947 of the Italian Republic establishes the following in article 11:

Article 11. Italy ... accepts under conditions of passiveness or reciprocity with the other States, *the limitations placed on its sovereignty* required to create a group that will ensure peace and justice among nations; promotes and favours organizations working to achieve that goal.

Although this article was drawn up when there was no question of a regional integration process like the one that subsequently took place in Europe, it did provide a constitutional basis for the transfer of power from national bodies to international organizations, and later, to community bodies.

However, in Italy, a country with a deeply rooted dualist tradition, the Constitution makes no mention of the relationship between internal law and Treaties, while providing for constitutional control of laws through the Constitutional Court. This situation led to the decision of March 7, 1964, of the Italian Constitutional Court in the *COSTA vs. ENEL* case where the Court very clearly upheld that:

Under Italian law, international agreements have the ranking of ordinary laws which, like any ordinary law, can be repealed by other subsequent laws.¹⁹

This decision had disastrous effects on the functioning of the institutional system established by the Treaty of Rome and it might also be said that the decision affected the very future of the common market. However, after the decision of March 9, 1978 (*Simmmenthal* case) of the European Community Court of Justice the Italian Constitutional Court, in its decision of June 8, 1984, modified its doctrine admitting that the Court could resolve the inapplicability to the case of subsequent laws that oppose directly applicable community regulations.

In all these cases, what is patently clear in a regional integration process, is that the relationships between community law and the internal laws of the different countries have very specific problems that are quite different from the classic

18 *Ibid.*, pp. 959-960.

19 See Nicola CATALANO, *Manual de derecho de las comunidades europeas*, Buenos Aires 1966, pp. 190 ss.

relationships between international law and internal law and, therefore, require uniform solutions by all Member States. This is the result of the equality that prevails in an economic community.

According to the constitutional provisions analysed of the six countries that comprise the European Communities, it is possible to deduce that when the economic integration process began, although Europe had evolved considerably in this regard, it had not yet found a uniform solution for the problem in the community ambit. Consequently, and above all in the Italian case, where the greatest number of inconveniences had arisen, the solution to the problem as to the hierarchy of community law was contingent upon the solution to the first problem of regional integration; that is, the possibility of the transfer of national powers to supranational entities.

In fact, once the transfer of powers had been authorized by most of the European Constitutions, this meant that the regular powers of the constitutional bodies of the member states, among them Parliament, would be limited. Consequently, the Member States could not legislate nor adopt executive measures with respect to matters for which exclusive jurisdiction had been granted to community bodies.

As a result, the European Community Court of Justice, in its decision in the *COSTA vs. ENEL* case of 7-15-1964, after the case had been remitted by the Italian courts pursuant to article 177 of the Treaty, stated:

Unlike ordinary Treaties, the one that established the European Economic Community has created its own legal system that was incorporated into the legal systems of the Member States when the Treaty went into effect and, as such is binding upon them... even though in limited areas the Member States have restricted their sovereign rights and have created a body of laws applicable to citizens as well as themselves. The integration into the laws of each member country of provisions that have their basis in the Community, and more generally, in the spirit and the terms of the Treaty, makes it impossible for the Member States to unilaterally enact subsequent measures with respect to a legal system of laws that they have accepted on a reciprocity basis... the attainment of the objectives of the Treaty would be endangered and the prohibition against discrimination ... would be violated if community law were to have a different strength from one State to another because of subsequent inconsistent national legislation.²⁰

Nonetheless, the year after that decision was adopted, the Italian Constitutional Court, in the case *Acciaierie San Michele* decision N° 98 of 1965, formulated the argument that community provisions could, under no circumstances, repeal fundamental principles contained in the Italian Constitution; therefore, based on that

20 See the text of Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, “La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales”, *Revista de derecho político*, UNED, N° 38, Madrid 1993, p. 100. Also see Jean-Claude MASLET, *Les grands arrêts de droit communautaire*, Paris 1995, pp. 17 and ff.

hypothesis, it reserved the right to declare unconstitutional ordinary laws which had authorized the ratification and enforcement of community treaties.²¹

Later, in decision N° 183 of 1973 (the *Frontini et Pozzani* case), the Constitutional Court ruled that the transfer of legislative powers to the European Community was based on article 11 of the Constitution, which authorizes the limitation of sovereignty required to ensure peace and justice among nations, and in decision N° 232 of 1975 (*Industrie Chimiche Italia Centrale*) the Constitutional Court accepted the supremacy of community regulations over subsequent internal laws. However, the procedural mechanism provided to enable that supremacy was having the judge with original jurisdiction remit the matter to the Constitutional Court, so that the latter would have to verify the compliance of Italian Law with article 11 of the Constitution.²² In other words, in Italy, the Constitutional Court did not acknowledge the Italian judges' authority to decide regarding the non-application of a subsequent law alleging a conflict with community regulations, but rather maintained that the matter should be brought before the Constitutional Court. Thus, the Constitutional Court avoided the principle of supremacy and maintained a monopolistic control over the laws.

With respect to decision N° 232/1989 of the Constitutional Court, Professor Caretti stated:

The Court first affirmed its competence to declare the constitutional illegitimacy of an executory law for an EEC treaty (or at least that part which allows a Community law prejudicial to the above-mentioned "counter limits" to produce effects on the internal legal system); it then verified the constitutional legitimacy of the law (drawn from the interpretation of Art. 177 of the treaty) which allows the Court of Justice to calibrate the temporal effects of decisions which are prejudicial to the nullity of the rules.

The Court subsequently declared that any decision of the Court of Justice contravenes the right to legal protection if it does not allow the subjects on trial (as well as any subjects involved in proceedings already being heard by a national judge prior to the date of a sentence nullifying the Community law under dispute) the right to avail themselves of the declaration of nullity of a Community law.²³

The European Community Court of Justice had made a contrary pronouncement in the *Simmenthal* case of March 9, 1978, when although it acknowledged the supremacy of community law over a subsequent national law, it deemed that a national judge did have the authority to apply a community regulation, by stating the following:

21 See in Vittorio DI BUCCI, "L'application de droit communautaire en Italie", *Revue française du droit administratif*, N° 6, Paris 1990, p. 975.

22 *Ibid.*, p. 975. Cf. Paolo CARETTI, *Constitutional Implications of the Process of European Integration*, Italian Report to the International Congress of Comparative Law, Bristol 1998, pp. 1 and 5.

23 P. CARETTI, *Rapport...*, *cit.*, p. 5.

By virtue of the principle of supremacy of community law, as regards the internal law of the Member States, the provisions of the Treaty and the directly applicable acts of institutions have the effect of not only making all provisions that are contrary to existing national legislation legally inapplicable, as a result of the entry in force of the former, but also, to the degree that these provisions and acts are an integral part of and have priority ranking in the body of laws applicable in the territory of each Member State, they can impede approval of new legislative acts, if these are incompatible with community regulations.²⁴

In addition, in the same *Simmenthal* case, with regard to the authority of national judges to decide the non-application of subsequent laws that may be in conflict with community law, the European Community Court of Justice, openly contradicting the opinion of the Italian Constitutional Court, stated the following:

Any imposition of a national legal code and all legislative, administrative or judicial action aimed at reducing the efficacy of Community Law by not granting the judge with jurisdiction to apply this law, would be incompatible with the requirements inherent to the very nature of Community Law at the very moment it is applied. The judge must have the authority to do all that is necessary to eliminate national legislative provisions that may prove to be obstacles, in the future, to ensuring the full efficacy of community regulations.

This would be the case if under the hypothesis of a contradiction between a provision of Community Law and a subsequent national law, the solution of the conflict were to be reserved for an authority other than the judge called upon to ensure the application of Community Law, and invested with the power of decision.²⁵

Lastly, in this decision, the Court of Justice also specified that the judge with original jurisdiction has the obligation to ensure the full effect of Community laws deciding, if necessary, not to apply national laws, without asking or waiting for the elimination of the latter by any constitutional procedure. It therefore stresses that:

The possible subsequent national provisions that are in conflict with community laws, should legally be considered inapplicable, without having to wait for their elimination by the legislator (repeal) or by other constitutional bodies (declaration of unconstitutionality), especially if we consider that, in the second case, until the declaration in question is made, the national law is fully applicable, while community laws cannot be in effect and, therefore, cannot be fully and uniformly applied thereby not guarantee the particular subjective rights deriving from the situation.²⁶

After this decision of the European Community Court of Justice, the Italian Constitutional Court modified its case law and admitted that the judge with original jurisdiction should be in charge of invalidating subsequent laws that conflict with Community regulations directly applicable under the internal legal system. In this

24 See Jean-Claude MASCLET, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, p. 44.

25 *Ibid.*, p. 45.

26 See Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 115 and ff.

regard, decision N° 170 of 1984 (*Granital* case) must be mentioned, but in it, in keeping with the dualist principle, the Constitutional Court reserved for itself two spheres of control of constitutionality. In the first place, if action taken by community institutions might violate the fundamental principles of the Italian constitutional system and the inalienable rights of the individual, the judge with original jurisdiction must remit the issue of the constitutionality of ratification laws and implementation of community treaties to the Constitutional Court. In the second place, if an Italian law impedes or prejudices essential principles contained in community treaties, then the Constitutional Court must exercise control.²⁷

C. France

When the Treaty of Paris of 1951 and the Treaty of Rome of 1958 were signed, the Constitution of 1946 was in effect in France, which, established the following in its preamble:

Under the reciprocity reservation, France agrees to the limits placed on its sovereignty that are needed for organization and in defence of peace.

This article that was repeated in the Preamble of the Constitution of 1958 by remittance to the Preamble of the Constitution of 1946 also provided sufficient constitutional foundation for the creation of supranational bodies and the transfer of powers these. In addition, with regard to the relationship between international law and internal law, article 55 of the 1958 Constitution establishes that, as of its publication any duly ratified treaty has “a superior hierarchy to that of laws under reserve in each agreement or Treaty for its application by the other party.” There is no doubt then that the Treaty takes precedence over internal law and that the latter cannot repeal a provision of the former.

With respect to the direct effect of European Community laws, as a result of the principle of the superior authority of treaties proclaimed by article 55 of the French Constitution, this has been accepted by the Courts, except for the Council of State which, in its decision *Min. de l'Intérieur c/Cohn Bendit* of December 22, 1978, denied the possibility of appellants to directly invoke the provisions of a non-executed directive to support an annulment recourse against an individual administrative act, because it is exclusively within the jurisdiction of national authorities to “adapt legislation and regulations to directive.”²⁸ This case law, which is contrary to community case law, however, left the possibility open to invoking the nonconformity with the directive of a national measure for adaptation, based on which an individual act had been enacted.

In any event, as pointed out by Professor Dutheil De La Rochère, regardless of the case law of the Council of State, the administrative jurisdiction has evolved and admitted that the directive, although not developed internally, does have an effect for appellants under internal law. Thus, for example, in the *Alitalia* decision of February 3, 1984, it was decided that the intervention of a community act (directive for fiscal harmonization), which modifies law, authorizes the appellant to claim

27 See Vittorio DI BUCCI, *op. cit.*, pp. 976 and 977.

28 See J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Rapport..., cit.*, pp. 2 and 3.

abrogation of regulatory laws that are incompatible with the objectives of the directive.²⁹

The problem, however, revolves around the effectiveness of Article 55 of the French Constitution because there is no possibility of punishing a possible violation of the norm by a subsequent internal law, due to the absence of the subsequent control of the constitutionality of laws. In addition, for a long time the Courts have considered that they did not have the power to decide regarding the non-application a national law that was subsequent to a Treaty or contrary to it.³⁰ Nonetheless, this has not prevented the opinion that it is the responsibility of the Cassation Court or of the *Conseil d'Etat*, according to article 55 of the Constitution, to determine which law is applicable if there is a conflict between a national and community law, always giving preference to the latter, under the condition of reciprocity.

In the evolution of case law, decision N° 75-54 of January 15, 1975 of the Constitutional Council regarding the termination of a pregnancy must be stressed, which established the principle that a law that conflicts with a Treaty would not necessarily be against the Constitution and, therefore, the council refused to consider Treaties as forming part of the standards of reference for controlling constitutionality. The interpretation of this decision allows the judge with original jurisdiction to acknowledge his own authority to apply community law and, more generally, conventional international law instead of the internal law, even when the latter is enacted after the incorporation of the international norm into internal law (for example, the decision of the Cassation Court of May 24, 1975 in the *Société des cafés Jacques Vabre* case).

Later, on the basis of decision N° 82-216 of September 3, 1986, the Constitutional Council underscored its case law, indicating with regard to article 55 of the Constitution, that it must be respected even when the Law remains silent. Consequently, it is then the responsibility of the different State entities to ensure the application of international agreements in the framework of their respective competencies. Pursuant to this doctrine, therefore, both the judges with original jurisdiction as well as those with jurisdiction under administrative law, have the authority to ensure respect for the hierarchy of regulations. Noteworthy in this vein of thought is the *arrêt Nicolo* of the National Council (10-20-89) in which the Conseil d'Etat assumed its authority to make the Treaty take precedence over a subsequent law by invalidating the latter,³¹ which has been extended to regulations and directives.³²

29 *Ibid.* p. 3.

30 *Ibid.* p. 4.

31 See references in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9e (ed.), Paris 1990, pp. 749 and ff. Also see Louis FAVOREU, "L'décision Nicoló et l'integration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français," *Revue française de droit administratif*, N° 5, 1989, pp. 992 to 1008. Cf. J. DUTHIER DE LA ROCHERE, *Rapport...*, *cit.*, p. 5.

32 See J. DUTHIER DE LA ROCHERE, *Rapport...*, *cit.*, p. 6.

In this way, the respective Constitutions of Germany, Italy and France established the basis in internal constitutional law for the transfer of authority from constitutional bodies of the States to supranational community organizations, as well as for the prevalence of community law over national law and, therefore, the possibility of juridical review of constitutionality by Constitutional Courts posed no threat to the process, since there was an appropriate constitutional foundation for integration.

In the other three CECA countries (Belgium, Luxembourg and the Netherlands), the solution in the absence of constitutional backing for supranationality was totally political, supported by the fact that no type of juridical review of constitutionality existed at that time in the laws of those countries. This meant that the decision made by governments and Parliaments, as to whether or not to join CECA, could not be constitutionally questioned under internal law.

3. *Constitutional Changes brought about as a Consequence of the Treaty of Paris (1951) prior to the Treaty of Rome (1958): the Netherlands, Luxembourg*

As a result of the signing of the Treaty of Paris, the Netherlands and Luxembourg amended their Constitutions to provide enough of a constitutional foundation for the integration process.

A. The Netherlands

During the 1953-1954 constitutional reform, the Netherlands added articles 63 and 67 into the text of the Constitution, which state the following:

Article 67. Provided that the provisions of Article 63 are observed, if necessary, legislative, administrative and jurisdictional powers may be granted to international law organizations by means of a treaty or by virtue of same...

While article 63 established that:

Article 63. When the development of an international system of laws so requires, a treaty can diverge from the precepts of the Constitution. In such a case, ratification can only be expressly granted and the Chambers of Congress can only approve the corresponding law project by a two-thirds majority of the votes cast.

After the overall constitutional review of 1983, numbers 92 and 91, paragraph 1, now identifies these regulations.

As Professor de Witte points out, with article 67 (art. 92), the government and parliament of the times wanted to exclude all future constitutional doubt as to the possibility of attributing, by means of an international agreement, "supranational" powers to an organizations such as CECA. He therefore affirms:

Afterwards, there has never been a question as to whether article 92 could serve as the constitutional basis for the increasingly broader transfer of powers that has been effected under the European integration treaties,

particularly the 1957 EEC Treaty, the European Act of 1987 and the 1992 European Union Treaty.³³

But more important even than the provision of article 67 (art. 92) of the Constitution attributing constitutional powers to supranational bodies, was the incorporation into the text of the Constitution of express provisions establishing both the direct effects of future international treaties, as well as their precedence over internal law. Consequently, article 66 (art. 93) acknowledged the direct applicability of international law and approved the monism thesis, while article 65 (art. 94) declared that national laws that conflict with the rules of international law, would not be applicable. The texts of these regulations are as follows:

Article 93. The provisions of treaties and of decisions reached by international public law organizations that because of their content can be binding have mandatory force as of their publication.

Article 94. The legal provisions in effect in the Kingdom, are not applicable if their application is incompatible with the provisions of treaties or decisions of the organizations of international law that they bind.

These provisions, unique for their time, as Professor de Witte pointed out, ten years later influenced the formulation by the European Community Court of Justice of its own doctrine on the direct effects and supremacy of community law.³⁴

Additionally, the constitutional protection for supranationality was sealed into the Constitution of the Netherlands with the incorporation of a new article, 60.3 (art. 120) which stated that judges couldn't exercise control of constitutionality, not only as regards laws, but also treaties.

Therefore, as Professor de Witte points out, when the European Community Court of Justice, in the sixties and seventies, established its own doctrine on the direct effects and supremacy of community law³⁵ in the *Van Gend en Loos*, *Costa and Simmenthal* cases of 1963, 1964 and 1978, respectively, Dutch jurisdictions were in a unique position among the six Member States of the era because they had constitutional instruments that were perfectly adapted to their community "mandate"³⁶ Consequently, even the issue that arose in the *Van Gend en Loos* case was brought up by a Dutch court, based on the Dutch Constitution itself.³⁷

Professor de Witte goes on to stress that the subsequent evolution of case law has diverged from this rapprochement. While judges in other countries usually prefer to search for the source of supremacy and of the direct effects of community

33 Bruno DE WHITE, *Les implications constitutionnelles, pour un Etat, de la participation a un procès d'integration regionale*, Rapport néerlandais au Congrès de l'Academie International de Droit Comparé, Bristol 1998, p. 3.

34 *Ibid.*, p. 7.

35 See Jean-Claude MASCLLET, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, pp. 14, 17 and 43.

36 See Bruno DE WITTE, *Rapport...*, *cit.* p. 11.

37 *Ibid.*, p. 11. See Sacha PRECHAL, "La primauté de droit communautaire aux Pays-Bas," *Revue française de droit administratif*, N° 61, Paris 1990, pp. 981-982.

law in their own Constitutions, despite the very clear Dutch texts, most authors limit the application of articles 93 and 94 exclusively to international law and not to community law, the latter of which imposes itself by its own strength. Judges have avoided issuing pronouncements on this point and have acknowledged supremacy of community law without indicating whether or not the source is the Constitution, as seen in the recent decision of the Council of State in the *Metten vs. Ministre des Finances* case (1995).³⁸

B. Luxembourg

In Luxembourg, the constitutional reform of October 25, 1956, whose aim was to allow the signing of the Treaty of Rome, incorporated article 49 bis into the text, which establishes:

Article 49 bis. It is possible, through a treaty, to temporarily authorize institutions of international law to exercise the powers reserved by the Constitution for the legislative, executive and judicial branches of government.

However, the Constitution of Luxembourg did not expressly regulate the precedence of Treaties over internal laws. The fact that there was no control of constitutionality and in view of the constitutional transfer to international public law institutions, via treaties, of powers reserved by the Constitution itself for the legislative, executive and judicial branches, led the Luxembourg Supreme Court of Justice to decide in an appeal, on July 14, 1954, that the judge must apply the provisions of an international Treaty that is in force, even though it may be incompatible with a previously enacted law. On the basis of this case law, judges have not applied national laws that are contrary to Treaties. On the other hand, the opinion of the Council of State, in its decision of November 21, 1984, affirmed that the precedence of a regulation of international law, which has direct effects on the internal body of laws, is derived from the very nature of conventional international law, by virtue of the fact that:

Treaties which have created community law have implemented a new system of laws in relation to which the Member States have limited the exercise of their sovereign powers in the areas determined by those treaties.³⁹

Thus, with the constitutional problem resolved in five of the six CECA Member States, on March 25, 1957, all of them signed the treaties that established the European Economic Community (EEC) and EURATOM, known as the Treaties of Rome that went into effect on January 1, 1958. Then they signed the 1965 Treaty that merged the executive bodies of the European Communities, which went into effect on July 1, 1967.

38 See Bruno DE WITTE, *Rapport..., cit.*, p. 12.

39 See Marc THILL, "La primauté et l'effet direct du droit communautaire dans la jurisprudence luxembourgeoise," *Revue française de droit administratif*, N° 6, Paris 1990, pp. 978-980.

4. *Constitutional Amendment brought about as a Consequence of the Treaty of Rome (1958): Belgium, and the Reaffirmation of Supranationality in European Constitutional Systems*

Of the six Member States of the European Community, in 1958 only Belgium had not adapted its Constitution to provide an acceptable foundation for supranationality. However, the problem had no practical effects at the time because the non-existence of a system of judicial review of the constitutionality of laws and the reform was begun in late 1971, with the incorporation of article 25 bis into the Constitution, which reads as follows:

Article 25 bis. It is possible to grant the exercise of specific powers to institutions of public international law, by means of a treaty or law.

The principle of the supremacy of community law over internal law was acknowledged by the decision of May 27, 1971 of the Belgian Court of Cassation (*Etat belge c. Fromagerie franco-suisse*), which decided as follows:

Considering that when there is a conflict between a regulation of internal law and one of international law which has direct effects on the internal system of laws, the rule established by the Treaty should prevail, then the pre-eminence of the latter derives from the very nature of conventional international law.

Considering that this is so *a fortiori* when a conflict exists, as in this specific case, between a regulation of internal law and one of community law then, in effect, the Treaties that have created community law have instituted a new system of laws in favour of which the Member States have limited the exercise of their respective sovereign powers in the area that the treaties shall determine.⁴⁰

Moreover, it could be said that from the moment the European Community was established and began functioning, the constitutional problem represented by the transfer of powers from national constitutional bodies to supranational ones was either resolved by the provisions of the Constitutions, or by the absence of internal judicial review mechanisms for constitutionality, as in the case of Belgium in the seventies.

But even in those countries that had a specific constitutional solution to the requirements of integration, such as Germany and Italy, since Constitutional Courts existed with powers to control constitutionality, the topic of the possibility of transferring powers to supranational bodies was raised, and it could be said solved by the decision of 10.18.67 of the German Federal Constitutional Court, which stated that:

The institutions of the European Economic Community exercise sovereign rights that the Member States have ceded in favour of the Community they have established.

40 Guy LEGUIME, "La primauté du droit communautaire en Belgique," *Revue française de droit administratif*, N° 6, Paris 1990, p. 961.

The European Economic Community is an inter-state institution to which the German Federal Republic has transferred certain sovereign rights. A new public authority has, therefore, been created which is autonomous and independent of the authorities of the Member States; its actions do not require ratification by the Member States, nor can they annul such actions. The Treaty of the European Economic Community is as though it were the Constitution of the Community.

Because of this, the German Constitutional Court concluded its decision by stressing that the actions of the institutions of the community are not actions of German public authorities and, therefore, their constitutionality is not subject to judicial review. The Court also pointed out that:

The regulations of the Council and of the Commission are acts of a special, supranational, public authority created by the Treaty and clearly separate from the Member States.⁴¹

Later, during the phase of progressive incorporation of new European members into the Community, successive constitutional amendments took place in those countries that had not resolved the constitutional issue to allow accession and to resolve the constitutional requirements of integration.

5. *Constitutional Amendments prior to the 1972 Accessions: Ireland, the United Kingdom, Denmark*

After the Treaty of Rome of the “Europe of Six” went into effect, other European countries began to request accession to the European Community such as Ireland (1961, 1967), the United Kingdom (1961, 1967), Denmark (1961, 1967), Norway (1962, 1967) and Sweden (1967). The Treaties for accession of Denmark, Ireland, Norway and the United Kingdom were signed on January 22, 1972. The Treaty was approved in Ireland by referendum (May 10, 1972); the Parliament of the United Kingdom adopted the *European Communities Act* on July 13, 1972; and Denmark approved its accession in a referendum on October 2, 1972. In the case of Norway, its accession to the European Community was rejected in the referendum of September 25, 1972.

As a consequence, on January 1, 1973, the European Community was expanded to nine members, by the addition of three new partners: Ireland, the United Kingdom and Denmark to the original six (Belgium, Germany, France, Italy, Luxembourg and the Netherlands). Very important constitutional amendments were implemented in these three new countries before the signing of the accession treaties to the European Community, in order to allow the incorporation of these States into the regional integration process.

A. Ireland

Ireland incorporated a specific regulation into its Constitution during the 1972 reform (3rd amendment), which expressly refers to the founding Treaties of the European Community, and whereby these acquire constitutional ranking. The

41 See Rudiger STOTZ, *op. cit.*, p. 957.

Constitution also specifically established the direct effect and absolute supremacy of derived community law in the internal system of laws.

In effect, article 29.4 of the Constitution of *Ireland* establishes the following:

Art. 29.4. 3. The State may become a member of the European Community (established by the Treaty of Coal and signed in Paris on the 18th day of April, 1951), the European Economic Community (established by Treaty signed at Rome, on the twenty-fifth day of March, 1957), and the European Atomic Energy Community (established by Treaty signed at Rome, on the twenty-fifth day of March, 1957).

The State may ratify the Single European Act (signed on behalf of the Member States of the Community at Luxembourg on 17th day of February, 1986 and at The Hague, on the twenty-eighth day of February, 1986).

4. The State may ratify the Treaty of the European Union, signed in Maastricht on the seventh day of February 1992, and may become a member of that Union.

The same article 29, in ordinal 4.5, also establishes the following:

Art. 29.4. 5. No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State necessitated by the obligations of membership of the European Union or the Communities; or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by the European Union by the Communities, or by the institutions thereof, or by bodies competent under the Treaties establishing the Communities, from having the force of Law in the State.

The 1972 *European Communities Act* also introduced community law into the national system of laws as a part of it, according to the provisions of those Treaties (Section 2).

Therefore, the Constitution guarantees supremacy of community law over constitutional law and the right of the nation to apply community law. It is for this reason then that it is not possible to use the argument of the unconstitutionality of community law before the judges. This matter has been confirmed, for example, in the decision of the *High Court* in the *Crotty v. An Taoiseach* case, which described the effects of article 29.4.3 as follows:

The Constitution could not now be invoked to invalidate any measure which the State was directed by the institutions of the E.E.C. to take arising out of the exercise of their powers, nor to invalidate any regulation or any decision of the European Court which had direct effect within this State by virtue of the provisions of the Treaties; and that therefore was a very far-reaching amendment to the provisions of the Constitution.⁴²

42 See Mark ROAYNE, "La primauté de droit communautaire en Irlande," *Revue française de droit administratif*, N° 6, Paris 1990, p. 973.

On the other hand, in a decision adopted in the *Pigs and Bacon Commission v. McCarren* case, in 1972, judge Castello explained the effect of the *European Communities Act* in the following terms:

The effect of [Section 2 of the *European Communities Act* 1972] is that Community law takes legal effect in the Irish legal system in the manner in which Community law itself provides. Thus, if according to Community law a provision of the Treaty is directly applicable so that rights are conferred on individuals, whom national courts must enforce, an Irish court must give effect to such a rule. And, *if according to Community law, the provisions of Community law take precedence over a provision of national law in conflict with it, an Irish court must give effect to this rule.* That Community law enjoys precedence over a conflicting national law has been made clear in a number of recent decisions of the European Court and most recently in case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal*.⁴³

B. The United Kingdom

With the adoption of the *European Communities Act* of 10-1-72 by the United Kingdom, an important reform was made in the unwritten Constitution of that country, which has been incorporated as a constitutional convention and which, in a certain manner, has given shading to two of the most distinctive principles of the British Constitution: parliamentary sovereignty and the dualist criterion with respect to Treaties.

As Professor Bridge pointed out in his Report, by the use of the treaty-making power, Parliamentary enactments have played a central role in the United Kingdom's membership of the European Union, so that the act of ratification of the Treaty of accession approved by the *European Communities Act* 1972 of 12 October 1972, amended the United Kingdom Constitution⁴⁴, making it possible to consider that Act (Part I) as part of the parliamentary source of constitutional law.

The Act, not only identified present and future European Union Treaties to which the Act applied, but make all European Union laws, both pre-and post-accession, intended to have direct applicability and effect in the member States, actually have that applicability and effect in the United Kingdom. Additionally, the Act recognized the United Kingdom's obligation to implement those European Union laws which do not have direct applicability or effect; laid down that any existing or future United Kingdom legislation is to be construed and have effect subject to European Union law; and established a necessary relationship between the courts of the United Kingdom and the Court of Justice of the European Union, which recognizes and accepts the ultimate authority of the latter on all questions regarding the meaning, effect and validity of European Union laws.⁴⁵

43 *Ibid.*, p. 974.

44 John W. BRIDGE, *Constitutional Implications for the United Kingdom of Participation in Regional Integration in Europe*, National Report to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol 1998, pp. 4-5.

45 *Ibid.*, p. 6

The United Kingdom Parliament does not usually play a part in treaty-making; but further constitutional amendments have given it authority over certain types of post-accession European Union treaties in the sense that the *European Communities Act 1972* (Section 1,3) expressly requires Parliamentary approval of post-accession treaties “entered into by the United Kingdom”, particularly, agreements which amend the existing constitutive treaties of the European Union, as treaty amendments to admit new Member States, to make provision for direct elections to the European Parliament, to provide for the financing of the European Union, to establish the European Economic Area have; and treaty to increase the powers of the European Parliament. All of them may not be ratified unless first approved by an Act of Parliament.⁴⁶

Anyway, the *European Communities Act 1972* did not incorporate into internal law the Treaties in force at the time of accession through express re-enactment, but by reference. Instead of reproducing the actual Treaty texts, which called for domestic implementation and enforcement, the authorizing Act lists the relevant Treaties and, by a general clause, declares that to the extent to which they are to have legal effect in the United Kingdom they should have that effect. The authorizing Act also makes provision for post-accession European Union Treaties. It empowers Her Majesty's Government, by *Order in Council*, to declare treaties to be regarded as “Community Treaties” as defined by the authorizing Act, including treaties “*ancillary to the Treaties*”. The draft of an *Order in Council* for this purpose is subject to the approval by resolution of each House of Parliament. The effect of the *Orders in Council* is to make those Treaties conclusively subject to the *European Communities Act* and thus, where relevant, to have legal effect in the United Kingdom. An *Order in Council* is not, however, necessary in respect of an agreement, which already falls within the definition of a “Community Treaty”.

Thus, Professor Bridge concluded:

European Union treaties are accorded a special 'treatment' by the United Kingdom Constitution which distinguishes them from all other treaties to which the United Kingdom is a party.⁴⁷

Regarding the supremacy of European Union law in relation to domestic law the authorizing Act does not contain any express reference. Professor Bridge says:

That supremacy is effectively guaranteed in the United Kingdom by the combined operation of provisions of sections 2 and 3 of the Act. Section 2(1), as has been seen, gives present and future European Union law legal force in the United Kingdom and creates the concept of enforceable Community rights. Since the doctrine of supremacy is part of that law, the subsection makes it part of the law of the United Kingdom.⁴⁸

46. *Ibid.*, p. 7

47. *Ibid.*, pp. 20-21

48. *Ibid.*, p. 25. Cf. comments by Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *Judicial Review y justicia cautelar*, Madrid 1997, pp. 34 and ff.

On the other hand, two further provisions of the Act guarantee the effectiveness of that doctrine. Section 2(4) provides that:

Any enactment passed or to be passed, other than contained in this Part of this Act, shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section.

In the words of Professor Bridge:

Present and future Acts of the United Kingdom Parliament are made subject to the rule of the supremacy of European Union law which is an enforceable Community right.⁴⁹

Second, section 3 (1) provides that

For the purposes of all legal proceedings any question as to the meaning or effect of any of the Treaties, or as to the validity, meaning or effect of any Community instrument, shall be treated as a question of law (and, if not referred to the European Court, be for determination as such in accordance with the principles laid down by and relevant decision of the European Court or any court attached thereto).

Thus Professor Bridge concluded:

In all matters of European Union law the courts of the United Kingdom are to defer to the decisions of the Court of Justice which are the repository of the doctrine of supremacy. Supremacy “is thus recognized in the United Kingdom by virtue of domestic legal processes and legal theory” rather than by any international legal doctrine of monism.

By these provisions, the *European Communities Act* does not attempt to guarantee the supremacy of European Community law by forbidding the United Kingdom Parliament to enact conflicting legislation nor to declare such legislation to be invalid. Instead, it denies effectiveness to any such legislation within the legal systems of the United Kingdom.⁵⁰

As a consequence of the *European Communities Act* 1972, by accepting article 5 of the European Community Treaty, the United Kingdom has voluntarily accepted limitations on its sovereign powers whether they be executive, legislative or judicial. In other words, “the legal powers and functions of United Kingdom state institutions are, since the accession of the United Kingdom to the European Communities in 1973, now to be exercised subject to or in accordance with European [Union] law.”⁵¹

In respect of executive powers, *jus tractatus* of the United Kingdom in areas that impinge on the European Union must be exercised under the terms and in accordance with the procedures of the European Union. Regarding legislative powers, in the light of article 5 of the European Community Treaty, the United

49 *Ibid.*, p. 25

50 *Ibid.*, p. 26. Cf. comments by Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *op. cit.*, pp. 39 and ff.

51 See *Halsbury's Laws of England*, 4th Ed. 1996, Vol. 8.2, *cit.* in John W. BRIDGE, *Rapport...., cit.*, p. 8

Kingdom has agreed not to exercise its own legislative powers so as to intervene in matters properly the concern of the European Union.

Anyway, the implementation of these limitations in the United Kingdom appears to confront the doctrine of the sovereignty of the United Kingdom Parliament. As Professor Bridge pointed out “*de facto*, if not strictly *de jure*, that confrontation has been successfully averted”, adding:

The United Kingdom Parliament *de jure* has unlimited and illimitable legislative power. When the United Kingdom joined the European Union its domestic law was brought into line with European Union law by means of the *European Communities Act 1972* through a simple operation of the principle *lex posterior derogat priori*. A potential problem concerned the exercise of Parliament’s legislative power after the commencement of the United Kingdom’s membership. The exercise of that power is always subject to *de facto* practical constraints. Domestically those constraints include the pressure of public opinion, accountability to the electorate and a consequent sense of responsible government. There is also a presumption that Parliament will not legislate contrary to the international obligations of the United Kingdom. It is relevant here to recall that under the United Kingdom’s system of parliamentary government; the United Kingdom Government through its majority in the House of Commons effectively controls the exercise of Parliament’s legislative power. The Government also represents the United Kingdom on the Council, which is the principal legislative body of the European Union. From its position as a participant in European Union law-making the United Kingdom Government will be aware of the 'occupied field' and, given its continuing loyalty to the European Union, it will not be likely to introduce redundant or conflicting legislation into the United Kingdom Parliament. Thus, in practice the United Kingdom Government is unlikely to allow or even to acquiesce in the use of Parliament’s powers to flout the obligations of membership. This practice may indeed be the basis of an emerging constitutional convention to that effect. As the terms of reference of the European Union expand and its objectives are realized so the scope of the 'occupied field' will increase with further consequential practical limitations on the freedom of action of the United Kingdom Parliament.⁵²

With regard to the United Kingdom courts, constitutional limitations on their powers result from the statutory relationship, which they now have with the both the law of the European Union and with its Court of Justice. European Union law is now part of the law to be applied and enforced by the United Kingdom courts. Professor Bridge give us this account in relation to the attitude of the judgments of the United Kingdom court since the accession, which have been replete with acknowledgments of the supremacy of European Union law:

For example: where there is a “conflict with our domestic law the effect of the [European Communities] Act of 1972 is to require that Community law shall prevail” (*Esso Petroleum v Kingswood Motors Ltd.* (1974) QB 142); “English law, both statute and common law, [is] subject to Community law, in those

52 *Ibid.*, pp. 9-11.

fields in which Community laws have been passed” (*R. v Secchi* (1973) CMLR 819; “The Treaty...is the supreme law of this country, taking precedence over Acts of Parliament” (*Stoke-on-Trent City Council v B & O plc* (1990) 3 CMLR 31).

The courts of the United Kingdom have adopted an essentially interpretative approach to the doctrine of supremacy. The basis of this was laid in two judgments of Lord Denning in 1979. In *Shields v. E. Coomes (Holdings) Ltd* (1979) 1 All ER 456, CA). He said the following with reference to the obligation to ensure that European Union law prevails over inconsistent domestic law:

It seems to me that when the Parliament of the United Kingdom sets up a tribunal to carry out its treaty obligations, the tribunal has jurisdiction to apply Community law, and should apply it, in confident expectation that this is what Parliament intended. If such a tribunal should find any ambiguity in the statutes or any inconsistency with Community law, then it should resolve it by giving the primacy to Community law.

Lord Denning also elaborated on that theme in *Macarthy’s Ltd. v Smith*:

In construing our statute, we are entitled to look to the Treaty as an aid to its construction; but not only as an aid but as an overriding force. If on close investigation it should appear that our legislation is deficient or inconsistent with Community law by some oversight of our draftsmen then it is our bounden duty to give priority to Community law. Such is the result of s. 2(1) and (4) of the European Communities Act 1972 (1979) 3 All ER 325, at 329, CA).

Then he added:

I pause here, however, to make one observation on a constitutional point. Thus far I have assumed that our Parliament, whenever it passes legislation, intends to fulfil its obligations under the Treaty. *If the time should come when our Parliament deliberately passes an Act with the intention of repudiating the treaty...and says so in express terms then I should have thought that it would be the duty of courts to follow the statute of our Parliament.*⁵³

Reference also should be made to the decision of the House of Lords of May 18, 1989, in the *Regina c/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.*, case, which decided regarding the compatibility with community law of certain provisions of the 1988 *Merchant Shipping Act*, a law enacted after the *European Communities Act 1972*. By excluding the application of the subsequent law rule the decision interpreted that by virtue of *the European Communities Act*, the provisions of the aforementioned law had no effect insofar as they conflicted with community laws that had a direct effect on internal law.⁵⁴ The decision denied the possibility of adopting precautionary measures of suspending enforcement of the law, but when the issue was brought before the European Court of Justice, the latter admitted that

53 *Ibid.*, pp. 31-32. Cf., comments regarding these décisions of Lord Denning in Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *op. cit.*, pp. 39 to 42.

54 See Anthony ARNULL, “La primauté du droit communautaire au Royaume Uni,” *Revue française de droit administratif*, N° 6, Paris 1990, p. 985.

possibility in its decision of June 19, 1990.⁵⁵ Consequently, the House of Lords provisionally ordered the suspension of certain provisions of the *Merchant Shipping Act* until the Court of Justice made a pronouncement regarding its compatibility with community law. The importance of the decision is that outside the scope of community law, the British judge cannot order suspension of the application of laws.⁵⁶

In addition, it should be pointed out that pursuant to case law of the decisions adopted in the cases *Factortame* (1990-1991-1992), the *House of Lords*, in another ruling of March 3, 1994, in the *Equal Opportunities Commission and another v. Secretary of State for Employment* case, admits that any Court (and not just the House of Lords) can make a direct and general pronouncement, without any specific application, declaring that a Law of the British Parliament contradicts either community law, the Treaties, or any secondary law or any law derived from the preceding.⁵⁷

C. Denmark

In the case of the incorporation of Denmark into the European Community there was no need for constitutional amendments, because since 1953 the Constitution had mandated the following:

Article 20. 1. The powers invested in the authorities of the Kingdom under this Constitution may be delegated by a law, under the terms established in such a law, to specific international authorities created by virtue of an agreement adopted by reciprocal agreement with other States, in order to promote cooperation and international legal order.

2. To adopt a law project in this regard, a majority of five-sixths of the members of Parliament is required. If that majority is not reached, but the majority required to adopt ordinary law projects is reached, and the Government maintains the project, it will be submitted to the electors of Parliament for approval or rejection, under the rules specified in article 42 relating to referendums.

In this way, the Danish Constitution expressly established the transfer of powers to supranational entities, via a Treaty, with the possibility of having the transfer approved by a referendum.

55 See Jean-Claude MASCLÉ, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, pp. 81 and ff. *Cf.*, comments by Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *op. cit.*, pp. 96 and ff.

56 *Ibid.*, p. 986. Regarding the *Factortame* case see comments by E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid 1996, pp. 105 and ff.

57 See comments by E. GARCÍA DE ENTERRÍA. “Un paso capital del derecho constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en el abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el derecho comunitario (sentencia *Equal Opportunities Commission* de la Cámara de Loes, de 3 de marzo de 1994”, *Revista de instituciones europeas*, Vol 21, n° 3, Madrid 1994, pp. 745 and ff.

With respect to the effects of community law, the Danish Constitution made no provision and, traditionally, the dualist concept was followed. However, Law N° 447 of October 11, 1972, on the accession of Denmark to the European Community, approved by referendum, in transforming the community legal system into internal law, established the following:

Art. 3. 1. The provisions of the treaties referred to in article 4 are in effect in Denmark insofar as they are, according to community law, directly applicable in Denmark.

2. The same rule applies to acts that, prior to Denmark's accession to the Community, were adopted by Community institutions and published in the *Journal Officiel des Communautés*.

According to all those provisions, the Danish judge, in the case of subsequent laws, applies the rule of interpretation wherein it is presumed that those laws have a content that in conformity with the Treaties; therefore, they should be interpreted in a way that eliminates all incompatibility. On the basis of the rule of presumption, the judge should presume that the legislator did not wish to enact a rule that would conflict with community law, and must give the local law a content that is in keeping with community law.⁵⁸

6. Constitutional Amendments prior to the Accessions of the Eighties

In 1975, Greece requested accession to the European Community while Spain and Portugal made their requests in 1977. The Act of accession of Greece was signed on May 28, 1979, with Greece becoming the eleventh member of the European Community on January 1, 1981. Four years later, on June 12, 1985, the Acts of accession of Spain and Portugal were signed and the membership in the Community increased to twelve, as of January 1, 1986.

These three countries amended their constitutions in advance to constitutionally allow their accession to the European Community.

A. Greece

In 1975, Greece incorporated an article into its Constitution, which states the following:

Article 28. 2. To address an important matter that is in the national interest and promote the collaboration with other States, it will be possible to attribute, by means of a treaty or international agreement, powers provided for in the Constitution to international bodies, although in order to ratify the treaty or agreement a law that has been enacted by three-quarters of all deputies, will be required.

3. Greece will freely proceed, by means of a law voted on by the absolute majority of all deputies, to limit the exercise of national sovereignty, insofar as such limits are imposed by a matter of significant national interest; do not

58 See Henrik VONS HOLSTEIN, "Le droit communautaire dans le système juridique danois," *Revue française de droit administratif*, n° 6, Paris 1990. pp. 962-964.

violate human rights and the foundations of the democratic system; and are effected on the basis of principles of legality and under conditions of reciprocity.

In addition, the same article of the Constitutions establishes that:

Article 28. 1. Generally accepted standards of international law, as well as international agreements, from the date they are ratified by Law and go into effect pursuant to their respective provisions, are an integral part of internal Greek law and take precedence over any provision of a contrary law.

Despite certain indecisiveness and some confusion, these provisions of the Constitution have led Greek courts to acknowledge the precedence of community law over internal law.⁵⁹

B. Spain

The Spanish Constitution of 1978 makes the following provision:

Article 93. Through an Organic Law the celebration of treaties that grant an international organization or institutions the exercise of powers derived from the Constitution may be authorized. It is the responsibility of Parliament or Government, depending on the case, to guarantee compliance with these treaties and with the resolutions issued by international or supranational organizations that have been granted those powers.

The Constitution added the following in article 96.1:

Validly signed international treaties, once officially published in Spain, will form a part of the internal system of laws.

The position of treaties in the internal system of laws was not clearly resolved by the Spanish Constitution, but the precedence of community law over the law of the countries was accepted, based on the attribution and exercise of powers by Community bodies and, in addition, based on the constitutional provision of article 96.1, which states that treaties cannot be repealed, amended or suspended by national laws, except in the manner provided for in the treaties themselves, or in accordance with the general standards of international law.⁶⁰

C. Portugal

In the case of Portugal, the following regulations were incorporated into the Constitution of 1976 which was subsequently revised in 1976:

59 See Cassilios CHRISTIANOS, "Les juridictions helléniques face à la primauté de droit communautaire," *Revue française de droit administratif*, n° 6, Paris 1990, pp. 969 to 972.

60 See Miguel Ángel ALEGRE MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 126 and ff.; José Manuel SOBRINO HERRERA, "La reception et la place dans l'ordre juridique espagnol des normes conventionnelles internationales et des actes normatifs des organisations internationales," *Revue française de droit administratif*, n° 6, Paris 1990, pp. 965 and ff.

Article 7.5. Portugal participates in reinforcing the European identity and in intensifying the consolidation of actions of the European Nations in favour of peace, economic progress and justice in relations among the countries.

Article 8.1. The regulations and principles of general or common international law are an integral part of Portuguese law.

2. The regulations that appear in regularly ratified or approved international conventions are incorporated into the internal system of laws of the country as soon as they are officially published and remain in effect while they bind the Portuguese State internationally.

3. The regulations enacted by the competent bodies of international organizations in which Portugal participates, are directly incorporated into the internal system of laws of the country, provided that this is foreseen in the constitutive treaty.

In addition to expressly foreseeing the transfer of powers, the regulation, much like the case of Spain, regulates the precedence of community law with direct effects, in the internal system of laws, more than its applicability. Different decisions have been adopted by national courts regarding the application of community law, but without really resolving the topic of precedence. The Constitutional Court, in its decision of February 1, 1989, even declared unconstitutional some articles of a national law enacted in executing certain community laws. The Court maintained that it has the authority to exercise control over the constitutionality of the internal application of regulatory provisions, since they are internal laws that are regulated by the Constitution of Portugal insofar as jurisdiction and the form of elaborating them are concerned.⁶¹

Based on the preceding analysis it may be stated that in these three cases, constitutional reform took place before the countries joined the European Community. Therefore, the regulations were adopted with an eye to the integration of those countries into the Community, so that they allowed the creation of supranational bodies and the transfer to them of powers and competencies of national constitutional bodies, as well as the immediate application of community law.

II. THE CONSTITUTIONAL QUESTIONS DERIVED FROM THE MAASTRICHT TREATY (1992) AND FROM THE AMSTERDAM TREATY (1997)

1. *Constitutional Impact of the European Union's 1992. Maastricht Treaty*

On February 7, 1992, at Maastricht, the Member States of the European Community signed the Treaty of the European Union. The ratification process of the Treaty, because of its innovative content, led to constitutional debates in almost all the countries of the European Community. In many of them, new constitutional

61 See Arnaldo PINTO, "L'application du droit communautaire au Portugal", *Revue française de droit administratif*, n° 6, Paris 1990, pp. 983-984.

amendments were needed, while in others the political decision regarding the Treaty was submitted to a referendum, and still yet in others, the Constitutional Courts decided regarding unconstitutional actions and actions for judicial review relating to the Treaty that left the road open to advancing the process.⁶²

In other words, because the “transfer of powers from national entities to community entities constitutes the very essence of the community order,⁶³ the Maastricht Treaty gave birth to the constitutional debate regarding regional integration, particularly as regards the boundaries of existing constitutional authorizations and the transfer of powers. The debate also revolved around whether or not the Member States could, with those authorizations, transfer any of their powers, including those that are essential to a nation’s sovereignty. The first constitutional issue then centred on the acknowledgment of the right of residents of other Member States of the Union to actively and passively vote in municipal elections, an issue which touches on one of the essential political rights of any democratic nation. In the second place, there was a constitutional debate generated by the provisions of the Treaty of the European Union regarding a common economic policy and the requirement imposed on Member States to implement their policies in keeping with those of the Union. This latter issue implies an essential limitation on monetary policy if a Central Bank of Europe and a sole European currency exist. In these cases, as the French Constitutional Council pointed out in Decision 92-308 of 4-9-92, despite the existence of constitutional clauses that accepted the transfer of competencies to supranational bodies, as for example the Preamble to the French Constitution of 1946, repeated in the Preamble to the Constitution of 1958, the amendments implied that “a member State would be stripped of its own powers in an area in which the essential conditions of the exercise of national sovereignty are at stake,” meaning that, in order to be accepted, a reform of the French Constitution was required before the Treaty could be ratified.⁶⁴

Although the debate was more general and determining in Germany and France, it did not have uniform constitutional repercussions in all of Europe.⁶⁵

A. Netherlands

In some countries it was thought that the Maastricht Treaty could be ratified without the need for constitutional reform, since the constitutional clauses that

62 See, Jean-Claude MASCLLET and Didier MAUS (dir), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, cit.; G. GOYARD (dir), *Les Constitutions et l'Europe*, Paris 1992; M.F. LABOUZ (dir), *Les accords de Maastricht et la Constitution de l'Union Europeene*, Paris 1992; *Revue française de droit constitutionnel*, n° 12 (Les Constitutions européennes et le Traité de Maastricht), Paris 1992.

63 See Didier MAUS, “Synthèse” in Jean-Claude MASCLLET and Didier MAUS (dir) *Les Constitutions nationales...*, op. cit., p. 229).

64 See the text in Jean-Claude MASCLLET, *Les grands arrêts...*, op. cit., pp. 119 and ff. Also see Bruno GENEVOIS, “Note,” *Revue française de droit administratif*, 1992, p. 373.

65 Santiago MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid 1993, pp. 27 and ff.

allowed for the transfer of powers to supranational bodies covered the new amendments of the European Union. This was the case of the Netherlands, where, as Professor de Witte points out, the Constitution imposes no substantial limits on authorizing the transfer of competencies to supranational organizations, which, in any event, are approved by Parliament and the notion of sovereignty, from the juridical point of view, cannot be used to establish any limits.⁶⁶ Moreover, in the case of the Maastricht Treaty, although the Dutch Constitution establishes the requirement of parliamentary approval, with a higher majority in the case of Treaties containing provisions that repeal or lead to a repeal of Constitutional regulations (art. 91.3); nonetheless, it was not considered necessary to resort to that procedure of a “simplified revision” of the Constitution and the Treaty was approved by a simple majority.

In all cases and in spite of debates, it was considered that with respect to economic and monetary policy, the constitutional reserve for the legislator (art. 106) allowed for the transfer of competencies to the Community, and as to expanding the right to vote in municipal matters, the Dutch Constitution had already granted foreigners that right since 1983.⁶⁷

B. Belgium

In the case of Belgium, although the Council of State had determined that it would be inadvisable to approve the Treaty of the European Union before revising Article 4, ordinal 2 of the Belgian Constitution, which reserved the exercise of political rights for Belgians, based on article 25 of the same Constitution which broadly authorizes the possibility of the transfer of powers to supranational entities, the Treaty of Maastricht was ratified without first reforming the Constitution. That reform has been considered indispensable.⁶⁸

C. United Kingdom

There was a similar constitutional situation in the United Kingdom. The ratification of the Maastricht Treaty was achieved with a parliamentary modification of the *European Communities Act 1972*, by inserting into the latter, a reference to the European Union Treaty and its protocols. This too occurred with the *European Communities (amendment) Act 1993* and with the *European Union (accessions) Act 1994*. Although at Maastricht the United Kingdom had negotiated important protocols that exempted the United Kingdom from going on to the third phase of Economic and Monetary Union and from applying its social policies, the Treaty ratification process in this country was slow and complex. It was voted on 76 times in Parliament, and each time the constitutional topic was addressed with proposals on the need for a referendum to ratify the Treaty. As Professor Bridges points out, referendums have never been a part of British constitutional law or practice (except

66 *Rapport...*, *cit.*, p. 5.

67 *Ibid.*, pp. 4-5

68 See Jean-Claude MASCLLET, “Rapport introductif” and Francis DELPEREE, “Belgique” in Jean-Claude MASCLLET and Didier MAUS, *Les Constitutions nationales...*, *op. cit.*, pp. 9 and 34.

with respect to local or regional matters) because, usually, General Elections resolve the problems of popular support.⁶⁹ In certain cases, however, if a topic has not been debated in General Elections, as was the case of the United Kingdom's membership in the European Community, politically a referendum was promised and took place in 1975, but was purely of a consulting nature.⁷⁰ The topic of the referendum was again broached in 1993, but did not amount to more than a political debate.

It should be pointed out, nonetheless, that with the ratification of the Treaty of the European Union of 1992, after the signing of the treaty, the United Kingdom passed the *European Communities (amendment) Act* 1993, which declared certain titles and Protocols of the Treaty to be subject to the *European Communities Act* 1972, and also approved the increase in the powers of the European Parliament. The government's intention to ratify the Treaty was challenged by way of judicial review by Lord Rees-Mogg before the *High Court*, where the most important questions of British constitutional law were aired dealing with the power to ratify treaties without the approval of Parliament. The *High Court*, in its decision of July 30, 1993, dismissed the appeal basing its arguments on the fact that Parliament had approved the Maastricht Treaty and that the questioned Protocol was part of the Treaty.⁷¹

D. Denmark

In other countries, the constitutional topic of the Maastricht Treaty was resolved by consulting with the people and by voting. In Denmark, accession to the European Community had been approved by referendum (10-2-72). Another referendum was held on June 2, 1992 in which 50.7% of the Danish people voted against ratifying the Maastricht Treaty. But the following year, after the reservations of Denmark had been accepted (sole currency and defence policy), yet another referendum was held on May 18, 1993 in which 56.8% of the Danish people voted in favour of the Treaty.

In any event, from the constitutional point of view it could be said that the provisions of article 20 of the Danish Constitution that permit the transfer of powers to supranational entities are sufficiently broad to provide a basis for the ratification of the Treaty of Maastricht.⁷²

E. Spain

In other countries, however, the Constitution had to be amended before ratifying the Maastricht Treaty. This was the case in Spain where the Maastricht Treaty was first submitted by the government representative to the Constitutional Court (art. 95 of the Constitution) for review of constitutionality to determine whether or not there was a need to modify the Constitution prior to ratifying the Treaty of the European

69 *Ibid.*, p. 13.

70 *Ibid.*, p. 15.

71 See the reference to the case *R. v. Secretary of State for Foreign and Common Wealth Affairs*, ex parte Rees-Mogg, 1994) 1 All ER 457, Cd, eb J.W. BRIDGE, *Rapport...*, cit., p. 43 and ff.; and in Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *op. cit.*, pp. 54 to 65.

72 See Hjalte RASUMUSSEN, "Danemark" in Jean-Claude MASCLET and Didier MAUS (dir), *Les Constitutions nationales...*, *op. cit.*, p. 41.

Union, but the constitutional debate was confined to article 13.2 of the Constitution which limited the passive right of Spaniards to vote and did not grant that right to foreigners. This was contradictory to article 8B, item 10 of the Maastricht Treaty, which made citizens of the Union both electors and candidates in municipal elections.

The Spanish Constitutional Court, in its decision of July 1, 1992, in analysing article 93 of the Constitution which authorizes the transfer of competencies to supranational bodies, emphasized that the authorization was basically limited by the Constitution itself, and that “the words of the Constitution cannot be contradicted except by an express amendment.” Thus, the Constitutional Court ruled that article 93 of the Constitution could not be a mechanism for informally amending the Constitution by stating:

Moreover, article 93 of the Constitution would also be unsuitable for use as an instrument to contradict or rectify mandates or prohibitions contained in the basic regulation because that precept is neither the legitimate channel for an “implicit or tacit” constitutional amendment, nor could such a contradiction of constitutional imperatives, through the treaty, be called an attribution of the exercise of competencies in coherence with the article.

The Court subsequently ratified this opinion by indicating:

By virtue of article 93, Parliament can, in summary, assign or grant the exercise of “competencies derived from the Constitution.” *They may not avail themselves of the Constitution itself and cannot countermand, nor allowing its determinations to be countermanded, because the power of constitutional review is neither a “power” whose exercise may be assigned, nor does the Constitution permit its own amendment by channels other than its Title X;* that is, through procedures and guaranties therein established and by the express *amendment* of the text. This is the conclusion we must reach pursuant to article 95.1 and it should be stressed that the operation that consists of exempting constitutional statements by means of a treaty (...) was proposed but not accepted in the constituent process (art. 55.3 of the Constitution Project, and with another scope, amendment number 343 to the Constitution Project, submitted to the Senate).

As for the Treaty issue of making citizens of the European Union equal in standing with Spanish citizens so that they can participate in municipal elections, the Court stressed that rights such as passive suffrage:

... Can only be granted to foreigners by amending the Constitution. This constitutional limitation would disappear –and with it the very binding force of the Constitution– if (...) the legislator could coin or stamp nationalities *ad hoc* for the sole and exclusive purpose of eluding the validity of the limitation contained in article 13.2. EC.

The Court ended by saying that there is a contradiction between the community precept and article 13.2 of the Constitution that is “unyielding via interpretation,” therefore:

The only means available under the Law to overcome this antinomy and to ratify or sign that treaty are, thus, the means provided by the Constitution in

article 95.1: prior revision of the part of the basic regulation that today imposes the conclusion reached in this statement.⁷³

Because of the decision of the Constitutional Court, the Constitution was amended so that it would acknowledge the “right to passive suffrage in municipal elections for a generic set of individuals (nationals of other Member States of the European Community) who are not Spanish citizens.”⁷⁴ The amendment was passed and the words “and passive” were added to the expression “active suffrage” in article 13.2, and Spain ratified the Treaty.⁷⁵

As a result, the regulation contained in article 13.2 was drafted as follows:

Article 13.2. Only Spanish citizens are entitled to the rights acknowledged in article 23, except for the provisions that a treaty or law can establish regarding the active and passive right to suffrage in municipal elections, by virtue of reciprocity criteria.

However, in spite of the simplified reform of the Spanish Constitution, which was reduced to the issue of the right to vote of European citizens, the constitutional effect of the ratification of the Treaty of Maastricht has been deemed to be more far reaching⁷⁶ because it affects other constitutional issues that were not included in the Spanish debate. Among these issues, without a doubt, is the limitation of autonomous communities as a result of the transfer of powers.

F. Luxembourg

As a result of the Maastricht Treaty, although the Constitution of Luxembourg, since its reform in 1956, has a provisions (article 49 bis) that permits the transfer of powers reserved by the Constitution for the legislative, executive and judicial branches to international entities, there was also a need for constitutional reform in order to grant citizens of the European Union the right to vote in municipal elections. However, the Council of State in its opinion of 5-27-92 did not consider that attribution of article 8B of the Treaty of Maastricht contrary to articles 52 and 107 of the Constitution.⁷⁷

73 See the text of the decision in *Revista de instituciones europeas*, Vol. 19, nº 2, Madrid 1992, pp. 633-655.

74 *Ibid.*, p. 654.

75 See general references to the Spanish case, Franciso RUBIO LLORENTE, “La Constitution espagnole et le Traité de Maastricht”, *Revue française de droit constitutionnel*, nº 12, Paris 1992, pp. 651 and ff.; Antonio LOPEZ CASTILLO, *Constitución e integración*, Madrid 1996.

76 See Santiago MUÑOZ MACHADO, “Espagne” in Jean-Claude MASCLÉ and Didier MAUS (dir), *Les Constitutions nationales...*, *op. cit.*, pp. 51 and ff.

77 See Marc THEWES, “Luxembourg”, in Jean-Claude MASCLÉ and Didier MAUS (dir), *Les Constitutions nationales...*, *op. cit.*, p. 193.

Nonetheless, in spite of many constitutional discussions, the Treaty of Maastricht was ratified and the Constitution was reformed.⁷⁸

G. France

In other countries like France and Germany, the constitutional debate was more intense because it was not confined exclusively to the aspects relating to the passive right of suffrage in municipal elections, but also to other matters such as accepting the powers of the European Central Bank and regulations concerning the issuing of money.

The case of France is noteworthy because the debate regarding the compatibility of the Maastricht Treaty and the Constitution took place while the Treaty was being discussed, even within the government, particularly in relation to the vote for foreigners in municipal elections and the issues of the transfer of sovereignty. One month after the Treaty was signed, on March 11, 1992, the President of the Republic requested prior judicial of the constitutionality of the Treaty by the Constitutional Council, in order to determine whether the constitutional commitments assumed by way of the Treaty might conflict with the Constitution, and whether or not authorization for the ratification of the Treaty should be preceded by a revision of the Constitution.

The Constitutional Council issued its decision DC N° 92-308 on April 9, 1992 (known as Maastricht 1), declaring that certain clauses of the Treaty not only conflicted with the 1958 Constitution, but also threatened national sovereignty and, therefore, a prior amendment of the Constitution would be indispensable.⁷⁹

In fact, the Constitutional Council was of the opinion that granting the passive right of suffrage to foreigners violated the Constitution because, in France, local elected officials constitute the electoral body of the Senate. As for the clauses of the Treaty regarding economic and monetary union, the Constitutional Council determined that:

The creation of a similar objective would translate into putting into practice a monetary policy and a sole exchange rate policy under such modalities that a member State would be stripped of its competencies, in an ambit in which the essential conditions for exercising national sovereignty are being considered.⁸⁰

The Constitutional Council concluded by stating its opinion that the Treaty was unconstitutional because it threatens national sovereignty, and by acknowledging that simple Treaties cannot transfer “the competencies that are a part of the essential

78 See Didier MAUS, “Synthèse,” in Jean-Claude MASCLÉ and Didier MAUS (dir), *Les Constitutions nationales...*, *op. cit.*, p. 230.

79 A detailed commentary on the decision appears in Joël RIDEAU, “France”, in Jean-Claude MASCLÉ and Didier MAUS (dir), *Les Constitutions nationales...*, *op. cit.*, pp. 67 to 107.

80 See in Jean-Claude MASCLÉ, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, pp. 119 and ff. See also in Oliver BEAUD, “La souveraineté de l’Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht”, *Revue française de droit administratif*, n° 6, Paris 1990, pp. 1045 and ff.

conditions for sovereignty” to supranational bodies. In this way, the constitutional clause of the Preamble, related to the transfer of powers was considered to be limited, in the sense that there were matters reserved for the domain of sovereignty.

The result of the decision of the Constitutional Council was the approval of Constitutional Law of revision N° 92-554, of June 25, 1992, that incorporates Title XVI regarding “European Community and the European Union” into the Constitution. The contents of that section are equivalent to those of the Maastricht Treaty that had been considered unconstitutional, and the previously mentioned law also reformulated articles 2, 54 and 74.⁸¹

The aforementioned Title begins with article 88-1, which reads as follows:

The Republic participates in the European Community and in the European Union that is made up of States that have freely elected, by virtue of the Treaties that have instituted them, to jointly exercise certain of their powers.

Regarding the most debated topics, article 88-2 established the following with respect to the third phase of the monetary Union and the common visa policy:

Under the reciprocity reserve and the modalities of the Treaty signed on February 7, 1992 for the European Union, France agrees to transfer those powers needed to create the European Economic and Monetary Union, as well as to determine the provisions for the passage across the external borders of the member States of the European Community.

Article 88-3, on the other hand, regulated the matter of local elections and repercussions in the Senate, thus:

Under the reciprocity reserve and the modalities of the Treaty signed on February 7, 1992 for the European Union, the right to active and passive suffrage in municipal elections may be granted to citizens of the Union, residing in France. These citizens may not hold the office of Mayor or Assistant, nor participate in appointing electors for the Senate, or take part in electing members of the Senate. In this regard, the provisions of the Law with the same text approved by both Chambers will take precedence.

On August 14, 1992, exercising the power granted by the amendment made in article 54 of the Constitution as to the competency to request the required judicial review of constitutionality, a group of Senators again requested a pronouncement from the Constitutional Council regarding the conformity of the Maastricht Treaty with the amended Constitution. In its decision DC N° 92-312 of September 2, 1992 (Maastricht 2), the Constitutional Council was of the opinion that the Treaty of the European Union contained no clauses that might conflict with the Constitution and that it could be immediately ratified by means of a ratifying Law.⁸² That Law was

81 Regarding constitutional review see Joël RIDEAU, *op. cit.*, pp. 107 to 125.

82 See text in Jean-Claude MASCLLET, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, pp. 119 and ff. See also in Bruno GENEVOIS, “Le Traité sur l’Union Européenne et la Constitution révisée. A propos de la décision de Conseil Constitutionnel N° 92-312 DC du 2 Septembre

submitted for ratification in the referendum convened by Decree of July 1, 1992, of the President of the Republic, which took place on September 21, 1992 and was approved by a scant margin (51.40%). In addition, the Constitutional Council rejected controlling the constitutionality of the law in its decision of September 23, 1992 (Maastricht 3).

The following year, toward the end of 1993, a new constitutional amendment was approved in France at the time that the *Schengen* Agreements on control of passports were to be applied.

It is important to point out that the first of the decisions of the Constitutional Council regarding the Treaty of the European Union of April 9, 1992 (Maastricht 1), continued with the doctrine already established in decision DC N° 85-188 of May 22, 1985 (regarding additional Protocol N° 6 to the European Convention on Human Rights) by stating that it “did not affect the essential conditions for exercising national sovereignty.”⁸³ Specifying the articles of reference for judicial review of constitutionality by the Constitutional Council, that are only not only limited to authorizing the Preamble dealing with the limitation or transfer of powers to supranational entities, but also with the exercise of sovereignty. The Maastricht 2 decision of the Constitutional Council stated the following:

As a result of these texts of constitutional value (Declaration of Human Rights of 1789, Preambles to the Constitutions of 1946 and 1958, and a number of articles of the Constitution of 1958) respect for national sovereignty does not preclude that, based on the aforementioned provisions of the Preamble of the Constitution of 1946⁸⁴, France may conclude, under the reciprocity reserve, international commitments, with a particular view to the creation and establishment of an independent international organization with its own decision-making powers, as a result of the *transfer of powers* agreed to by the Member States. However, if international commitments signed for this purpose contain a clause that is contrary to the Constitution or that *infringe the essential conditions for the exercise of national sovereignty*, authorization to ratify them requires constitutional review.⁸⁵

H. Federal German Republic

The case of Germany is worthwhile mentioning where the debate regarding the constitutionality of the Maastricht Treaty was very intense leading to the amendment of the Bonn Constitution.

In contrast to the Spanish and French constitutional systems, the Bonn Constitution does not provide for prior judicial review of the constitutionality of Treaties by the Federal Constitutional Court. Therefore, despite the broad clause for

1992,” *Revue française de droit administratif*, N° 9, Paris 1992, pp. 1007 and ff. See comments regarding this decision in Joël RIDEAU, *op. cit.*, pp. 125 to 134.

83 See reference in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Rapport...*, *cit.*, p. 10.

84 “Under the reciprocity reserve, France, (is) aware of the limitations to sovereignty required for the organization and defense of peace.”

85 See reference in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Rapport...*, *cit.*, p. 10.

transferring power to supranational bodies (art. 24) and after a long and important political debate, Parliament decided that the Constitution ought to be amended to expressly authorize the transfer of competencies that the Maastricht Treaty implied.

The required amendment, in the first place, affected article 28 of the Constitution to ensure the active and passive right to vote for citizens of the Union, as required by article 8-B.1 of the Treaty, and in the second place, it also affected article 88 of the Constitution that regulated the Federal Bank (*Bundesbank*), in order to ensure the monetary policy of the European Union. But, in addition, it was also deemed advisable, from the constitutional point of view, to add scope to the provisions of article 24.1 of the Constitution, which regulated the transfer of powers to supranational entities, in order to establish a specific mechanism to allow the Federal Republic to participate in the European Union designed by the Maastricht Treaty, which was and is capable of reaching levels of development and depth that even exceed those established in the Treaty. Therefore, a few weeks after the passing, on December 18, 1992, of the ratification Law for the European Union Treaty, the Law amending the Bonn Constitution went into effect on December 21, 1992.

As for the transfer of powers, that Law incorporated a new article 23 which, in addition to regulating the impact of regional integration on the *Länder*, stated the following:

Article 23. 1. In order to contribute to achieving a united Europe, the German Federal Republic participates in the development of the European Union, which is bound by the principles of a Social and Democratic State, as well as by the federal and subsidiarity principle, and guarantees protection of fundamental rights on a level essentially comparable to that guaranteed by this Constitution. To this effect, the Federation may grant the exercise of sovereign rights by law and with the consent of the Federal Council. Article 79.2 and 79.3 apply to the founding of the European Union, as well as to the modification of its founding Treaties and to other analogous regulations, whenever there is an amendment made in the text of the Constitution, or when such an amendment is possible.

2. Both the Federal Diet and the *Länder* participate through the Federal Council in matters that are specific to the European Union. The Federal Government will have to report to the Diet and the Federal Council, in a general manner and as soon as possible...

The constitutional amendment also incorporated a new section 1 a) into article 24 which states:

Insofar as the *Länder* have jurisdiction to exercise public powers and functions, with the consent of the Federal Government, they can attribute the exercise of sovereign rights to institutions that function across borders (*grenznachbarshfliche Einrichtungen*).

And a new paragraph was included in article 28 addressing the subject of passive suffrage by citizens of the Union in legal elections, establishing the following:

In elections held by local supra-municipal authorities (*Kreise*) and within the municipalities (*Gemeinden*) those individuals who are nationals of Member States of the European Community will also be electors and may be elected under Community law.

While article 88 adds the following text which deals with the creation of the *Bundesbank*:

Within the framework of the European Union the functions and powers (of the *Bundesbank*) may be attributed to the Central Bank of Europe which must be independent and strive to ensure price stability as its principal objective.

The law of revision also introduced other amendments to articles 45, 50, 52.3, 115,e, 2 second paragraph of the Constitution.

In this way, constitutional reform in Germany, which reflects the “constitutional nature of the integration process,”⁸⁶ as in France, provided for the participation of the Federal German Republic in the European Union through the Constitution, but with certain reservations, such as those derived from the principle of the Social and Democratic State, protection of fundamental rights, the federal principle, the principle of subsidiarity and the independence of the Central Bank of Europe.⁸⁷

After constitutional reform, the Ratification Law of the Treaty of the European Union was signed on December 28, 1992.

Different actions for judicial review were filed before the Federal Constitutional Court against that Ratification Law and the constitutional amendment Law of December 21, 1992. The Federal Constitutional Court, in its decision of October 12, 1993, resolved the questions by declaring that the Ratification Law was not unconstitutional and it was deposited only after the Court’s decision was adopted.

The Federal Constitutional Court considered that the Treaty of the European Union had created an Association or Union of States to pursue an increasingly closer rapprochement with the countries of Europe, rather than a State, headquartered in a European country organized according to the state structure. The aforementioned Treaty would respect the independence and sovereignty of its Member States, and the public authority exercised by the communities would be derived from the assignment of the exercise of that power by the Member States, while the sovereign States, if they so desired, could also revoke that authority by availing themselves of the right inherent to any sovereign State to denounce constituent Treaties.

As a result, the European Union is definitely a creation of the constitutional laws of its Member States, as manifested by the decision, which declares:

86 See Ingolf PERNICE, *Rapport..., cit.*, p. 12.

87 See Ingolf PERNICE, *Rapport..., cit.*, p. 13; Mariano BACIGALAPO, “El impacto del Tratado de la Unión Europea in la reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo artículo de la Ley Fundamental de Bonn”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 39, Madrid 1993, pp. 161 and ff.

The fact that an association of States such as the European Union assumes sovereign powers is the result of the authorization granted for this purpose by the sovereign States, regularly acting in the international sphere through their respective governments, thereby orienting the integration process. This exercise of public power is, therefore, first determined by the power of the government. Consequently, a community public power of this type depends, from the very beginning, on the declared willingness of each of the countries of the community and may therefore be considered democratic.⁸⁸

It follows then that the democratic legitimacy of the Union has been provided by the national Parliaments and, therefore, the integration process is definitely rooted in the national Constitutions, consolidating the idea of State sovereignty, which imposes insurmountable limits on the assignment of powers.

The decision of the German Federal Constitutional Court, on the other hand, affects the principle established by the European Community Court of Justice regarding the relationship between community and national laws, by considering them to be two different legal orders, denying the Constitutional Courts the power to review the validity of community law from the point of view of fundamental rights. As Professor Francisco Rubio Llorente points out,

Once these principles have been included in the national Constitutions, it is difficult to maintain this distinction and with it the theory of the lack of jurisdiction of national Courts, which the German Federal Constitutional Court has emphatically denied, thereby revoking its own prior case law.⁸⁹

In fact, in its decision of October 12, 1993, the Federal Constitutional Court reserved for itself the power (in order to more closely review, than in preceding years, the compatibility of derived community law with national fundamental rights) of also verifying whether community juridical acts respect or exceed the limits of the assigned sovereign rights. As a result, what the Federal Constitutional Court has definitively reserved is the authentic review of community laws from the jurisdictional point of view, confined of course to the scope of the sovereignty of the German State.⁹⁰

88 See Torsten STEIN, “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”, *Revista de instituciones europeas*, Vol 21, n° 3, Madrid 1994, pp. 745 and ff.

89 *Op. cit.*, p. 732.

90 See Mariano BACIGALAPO, “La constitucionalidad del Tratado de la Unión Europea en Alemania la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993” *Gaceta Juridica de la C.E. y de la Competencia*, n° 21, Madrid, April 1994, p. 40.

I. Portugal

The case of Portugal should also be mentioned, where constitutional reform was required before accession to the Maastricht Treaty⁹¹ and where the following modifications were implemented.

A new paragraph 6 was added to article 7, which reads:

Article 7.6: Under conditions of reciprocity, with respect to the principle of subsidiarity and in view of the economic and social cohesion, Portugal may subscribe agreements relating to the common exercise of powers needed to create the European Union.

And a new paragraph 5 was added to article 15 with the following text:

Article 15.5. Under conditions of reciprocity, the Law may attribute to citizens of the Member States of the European Union residing in Portugal, the right to elect and be elected a deputy to the European Parliament.

While Article 105 of the Constitution was modified to state:

Article 105. The Bank of Portugal, as a national central bank, collaborates in defining and implementing the monetary and financial policy and in issuing the currency, pursuant to Law.

And letter f of article 166 provides that:

Article 166. The Parliament of the Republic, together with other institutions:

f) Shall, pursuant to law, follow-up on and observe the participation of Portugal in the process of creating the European Union.

Whereas article 200, 1, letter I, indicates that:

Article 200, 1. The government, in exercising its political functions shall:

i) Present to the Parliament of the Republic, in a timely manner and pursuant to the provisions of letter f) of article 166, the information relating to the process of creating the European Union.

The opinion of the Parliamentary Commission on constitutional matters provided the basis for these constitutional reforms, which unanimously agreed that there was a contradiction between certain articles of the Constitution and certain clauses of the Maastricht Treaty, necessitating the modification of some articles of the Constitution so that the Treaty could be ratified.⁹²

91 See María Luisa DUARTE, "Portugal," in Jean-Claude MASCLET and Didier MAUS (dir), *Les Constitutions nationales...*, *op. cit.*, p. 211.

92 See Jorge MIRANDA, "Portugal" in Joël RIDEAU (dir), *Les Etats membres de l'Union Européenne. Adaptations, mutations, resistance*, Paris 1997, p. 392.

2. *Constitutional Reforms prior to the Accessions of 1995: Austria, Finland and Sweden*

A. Conditions for Accession

Since its founding, the European Community was conceived of as an open organization so that, according to the CECA Treaty, any European State could request accession, a concept that was included in article 237 of the European Community Treaty and in article 205 of the EURATOM Treaty. When the Treaty of the European Union went into effect, article 237 was replaced by article 0 with identical contents.

The request for accession must be unilaterally formulated by the States before the European Council and must be analysed by the Commission in light of the overall possibilities and problems of the petition. In 1993, in Copenhagen, the European Council specified: the criteria to which the Commission should adhere in elaborating the provisional decision. Those Copenhagen criteria reflect the economic and political conditions needed for accession, although they do not offer a detailed list of conditions nor objective valuation parameters. The Council has determined that compliance with the following criteria is required:

1) Democratic and institutional stability (rule of law, multi-party system, human rights, protection for minorities, pluralism, etc.); 2) well-functioning market economy to confront the pressure of internal market competition; 3) capacity to assume the rights and duties derived from the legal system of the European Union; 4) acceptance of the objectives of the political union and of the economic and monetary union (EMU); 5) capacity to admit new Member States without affecting the dynamics of integration.

Without a doubt, this last point reflects the principal interest of the Union of preserving its legal system and safeguarding the realistic prospect of a subsequent in-depth examination of the integration process.

At the Madrid Summit, the European Council also pointed out the need for establishing the prior conditions for the gradual and harmonious integration of associated countries, specifically by developing a market economy, *adapting their administrative structures and by creating stable economic and monetary conditions.*

Of course, among the institutional conditions that each country must comply with in order to assume the rights and duties derived from the legal framework of the European Union, are *the constitutional requirements of the regional integration process* that have been complied with in each of the 15 Member States of the European Union, and with which the countries requesting accession are complying.

In this context, Sweden submitted its candidacy for accession to the European Community in 1967 and reiterated its petition on July 1, 1991, while Austria requested membership in the European Community on July 17, 1989, and Finland did likewise on March 18, 1992.

Negotiations for the accession of Norway, Austria, Finland and Sweden were concluded on March 16, 1994, but again, when a vote was taken in Norway on November 27-28, 1994, 52.2% of Norwegians voted against Norway's participation in the European Union. In Austria, in the referendum of June 12, 1994, 66.4% of Austrians voted in favour of accession to the European Union; in Finland, 57% of its

citizens voted for accession to the European Union in the referendum of October 16, 1994, and in Sweden, 52.2% voted in favour of the country's accession to the European Union in the referendum of November 13, 1994. Consequently, on January 1, 1995, Austria, Finland and Sweden became Member States of the European Union thereby increasing the membership to 15. But before this could take place, as in the case of all the other Member States, they had to reform and adjust their Constitutions to the requirements of regional integration and of the European Union, particularly the Maastricht Treaty.

B. Austria

In the case of Austria, accession to the European Union took place as a result of the Constitutional Act that was approved by referendum on June 12, 1994, and which authorized the competent constitutional institutions to conclude the Treaty for accession to the European Union.

Accession to the European Union thus provoked the most decisive and important modification of the Austrian Constitution since 1920, because in addition to the Federal constitutional law regarding accession by Austria to the European Union (BGB1 N° 744/1994), the Federal constitutional law for the amendment of the Federal Constitution (BGB1 N° 1013/1994) was also passed incorporating new articles 23 a) to 23 f) and 151 relative to the European Union.⁹³

C. Finland

The Constitution of Finland is globally integrated by four Acts of Parliament: the Constitution Act of 1919; the Parliament Act of 1928; The Ministerial Responsibility Act of 1922 and the Act on the High Court of Impeachment of 1922. None of the aforementioned Acts includes written provisions regarding the possibility of transferring legislative, judicial or executive powers to an international organization or a supranational body, and in relation to international law, section 33 of the Constitution Act establishes that the President must, before ratifying a treaty, seek the active approval of Parliament if the treaty in question contains "provisions within the Legislative Sphere".⁹⁴

But the Constitution Act (Section 95) and the Parliament Act (Section 94) include a provision on the possibility of making exceptions to the constitutional enactments, through the procedure prescribed for amending the Constitution itself; therefore, the legislator has the power to enact Acts of Parliament which clearly stand in conflict with the Constitution, provided that a sufficient qualified majority is reached. An exceptive enactment is approved in the same procedure as amendments to the Constitution, regulated in Section 67 of the Parliament Act.⁹⁵

93 See Patrick SCHULZ, "Austrie" in Joël RIDEAU (dir), *Les Etats membres de l'Union Européenne. Adaptations, mutations, résistances*, Paris 1977, pp. 43 to 46.

94 See Martin SCHEININ, or Tuomas OJANEN, "Finland", in Joël RIDEAU (dir), *Les Etats Membres...*, *op. cit.*, p. 186.

95 *Ibid.*, p. 186.

As a consequence of the constitutional provisions, exceptive enactments have not been an exceptional phenomenon in Finnish political life (between 1919 and 1995) and altogether 869 exceptions to the Constitution were enacted through this procedure. This system of exceptive enactments provides an explanation for the fact that also international Treaty that conflict with the Constitution can be made. In this case, a modified procedure is used. In effect, according to Section 69, subsection 1 of the Parliament Act, a majority of two-thirds of the votes cast is sufficient for approving an Act of Parliament that incorporates into domestic law an international treaty that is in conflict with the Finnish Constitution.

The consent of Parliament for international ratification, as required by Section 33 of the Constitution Act, is given by a simple majority even in relation to treaties that conflict with the Constitution.⁹⁶ Therefore, as indicated by M. Scheinin and T. Ojanen, “the Accession Treaty of Finland to the European Union was approved by simple majority decision in Parliament accompanied by the adoption of an Incorporation Act (Nº 1540 of 1994), through the procedure required for the domestic implementation of international treaties that conflict with the Finnish Constitution. This means that a majority of two third in Parliament was needed for the decision to incorporate the Accession Treaty”⁹⁷

The above-mentioned features of the Finnish Constitution mean that no amendments to the Constitution were necessary in order to enable Finland’s accession to the European Union, it being sufficient that the Parliament consented to the Accession Treaty and the Treaty was incorporated into domestic law as an exceptive enactment, approved by a majority of two-thirds of Parliament.⁹⁸ The exceptive enactment was required since the European Union membership and the transfer of State powers to supranational institutions in that connection was regarded as being in conflict with Section 1 (sovereignty) and Section 2 (distribution of powers) of the Constitutional Act.

Additionally, it must be mentioned that prior to the parliamentary decision-making or the Accession Treaty, a consultative referendum was held on 16 October 1994; the second referendum in Finland’s history.

It must be pointed out that in addition to the Act of the Accession Treaty, certain constitutional amendment linked to the accession to the European Union, but not actually required by it, were made in order to secure the influence of Parliament and parliamentary control in those spheres of State power that were transferred to supranational institutions through the accession (Act Nº 1116/93; Act 1551, 1994). In this manner, different articles of the Parliament Act specifically mention the European Union (art. 4 a); 54 a); 54 b); 54 d); 54 e); 54 f); y 54 g).

Act Nº 1540 of 1994 which incorporated into domestic law the Treaty of Finland’s accession to the European Union, stated that the accession treaty as well as other related treaties, are prescribed to be “in force as they have been agreed upon”.

96 *Ibid.*, p. 186.

97 *Ibid.*,

98 *Ibid.*, p. 187.

Even though the Incorporation Act is silent on the hierarchical status of community law and on its supremacy and direct effect, it has been considered that this clause means that community law has, within the Finnish legal order, such legal effect as is prescribed by community law itself. Therefore, no specific rules on the hierarchy of norms or on direct effect are needed.⁹⁹

Anyway, as there is in Finland no Constitutional Court or other Court capable of examining the constitutionality of Acts of Parliament, the issue of the constitutionality of the Incorporation Act of the accession treaty could not be challenged after Parliament and the President approved the Act.

D. Sweden

The case of Sweden should be examined because its Constitution of 1974 had a constitutional provision (art. 5) pursuant to which the power to make national decisions could not be transferred to a supranational institution, except “within certain limits.” Consequently, the transfer of power and areas of sovereignty that was needed for Sweden’s accession to the European Union could not take place on the basis of that provision, and the Constitution of Sweden had to be reformed in order for it to join the European Union.

Therefore, from the moment the government stated its interest in having Sweden accede to the European Union in 1990, a parliamentary commission was appointed to prepare the necessary constitutional amendments. This led to the 1995 reform of the Constitution that incorporated a provision into article 5 of Chapter 10 of the Constitution, which states the following:

Parliament may assign its right of decision to the European Community, provided the latter guarantees rights and liberties in a manner equivalent to the stipulations contained in this Constitution and in the European Convention which guarantees human rights and liberties. Parliament will decide the assignment of powers by a majority of three-quarters of the votes cast. The decision of Parliament may likewise be adopted by means of the valid procedure for establishing a fundamental law.

In this way, Sweden incorporated into its Constitution a specific reference to the European Community in a constitutional amendment that was considered necessary to permit the accession of Sweden to the European Union. Additionally, the entire question of the European Union was submitted to a referendum.¹⁰⁰

3. *Constitutional Impact of the Treaty of Amsterdam of 1997*

On March 29, 1996, the Intergovernmental Conference on the revision of the Maastricht Treaty was inaugurated in Turin, at which time it was decided to establish a 12-month term for presenting proposals for reforming the European Union with respect to justice and internal affairs, rapprochement to the citizen, transparency, improvement of institutional efficacy, and the structure of decision

99 *Ibid.*, p. 191.

100 See Olof RUIN, “Suède”, Joël RIDEAU (dir), *Les Etats membres...*, *op. cit.*, pp. 439 to 441.

making in the foreign policy of the European Union. The objective was definitely to reform the Treaty of Maastricht in order to create a strong institutional structure to provide Europe with the necessary mechanisms for confronting the rapid evolution, which was affecting living conditions, the culture and the economy of the European States.

The reform process culminated with the signing of the Treaty of Amsterdam on June 16 and 17, 1997, conceived as a new Treaty for Europe that is being considered by the European States and with respect to which Europeans are to express their opinions by means of referenda or through the Parliaments of the Member States.

The Treaty of Amsterdam has 4 great objectives, which are to:

1. Transform employment and the rights of citizens into the cornerstone of the Union;
2. Suppress the last obstacles to free transit and reinforce security;
3. Ensure that the voice of Europe is better heard throughout the world; and
4. Make the institutional structure of the Union more efficient in preparation for the subsequent expansion of the Union.

In this manner, the Treaty of Amsterdam seeks to consolidate each of the three principal pillars that have sustained the actions of the European Union since the Maastricht Treaty went into effect in 1993, and which are: the European Communities; foreign policy, common security, and cooperation in the ambits of justice and internal affairs.

It should be pointed out that the Treaty includes a chapter on employment, in parallel, to provisions relative to the economic and monetary union, so that the social and economic Europe are combined, and the stimulation of a high level of employment becomes one of the major objectives of the Union.

In addition, the Treaty reinforces the individual rights of the citizens of Member States, by including new provisions such as the one stating that the European Union is based on principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, as well as the rules of law, allowing its citizens recourse to the Court of Justice to redress acts by institutions that may violate their fundamental rights. Among the individual rights acknowledged by the Union, the Treaty regulates, for example, the rights of all citizens residing in a Member State to have access to documents of European institutions.

The Treaty likewise regulated the new mechanisms for suppressing the final obstacles to free transit by European citizens, concomitantly reinforcing the means of guaranteeing security, particularly when threatened by delinquency, drug trafficking, or the networks set up to abet illegal immigration. In this regard, the Treaty subjects to community rules most of the cooperation in the area of justice and internal affairs, as for example the policy on visas, issuing of residency permits, asylum procedures and cooperation in matters involving civil justice. It should also be mentioned that the Treaty of Amsterdam incorporates into the institutional guidelines of the European Union, the *Schengen* Agreement of June 1990, which had been signed outside the framework of the Community and which establishes one sole European space in which there are no border checkpoints on highways nor at airports in thirteen of the Member States, with the exception of the United Kingdom and Ireland.

Now, the ratification of the Treaty of Amsterdam by the Member States of the European Union has again brought up the constitutional question of regional integration because of its impact on internal laws.

Of interest is the constitutional reform underway in Italy where the special Parliamentary Commission approved a project on November 4, 1997, to reform the entire second half of the Constitution by introducing a section devoted to "The Participation of Italy in the European Union." Professor Paolo Caretti explains that,

In this section the formalities and limitations concerning Italy's participation in the construction of the Union are set forth. Different from normal international treaties, any future changes in European treaties involving further limitations to national sovereignty must be approved by Parliament (law authorizing ratification) by means of a special procedure requiring a qualified majority (an absolute majority of the members of each chamber), and the eventual submission of the law approved by Parliament to popular referendum if so requested by either one-third of the members of either Chamber or eight hundred thousand electors or five regional councils.

It is further established that Italy's adhesion to ED treaties cannot, in any case, jeopardize the supreme principles of the national constitutional order or the inviolable human rights; Italy must encourage the construction of a legal system founded on democratic principles and subsidiarity.

In addition, the proposed constitutional reform establishes the right of Parliament to participate and control the government's activities concerning the European Union, particularly in establishing national policy, the adoption of legislative community measures and the appointment of Italian members to European institutions.¹⁰¹

It should also be noted that a constitutional reform process is taking place in Greece, in order to proceed to the ratification of the Treaty of Amsterdam.

The topic of the constitutionality of the Treaty of Amsterdam has also been discussed in France under similar conditions to the discussions regarding the constitutionality of the Maastricht Treaty. In fact, the Treaty of Amsterdam was also submitted to constitutional review by the Constitutional Council, upon the joint initiative of the President of the French Republic and the Prime Minister, which adopted Decision DC N° 97-394 of December 31, 1997, resolving that the Treaty contained provisions that are contrary to the Constitution, particularly with respect to visas, transit of foreign nationals and asylum.

As Professor Dutheil de la Rochère has stated, the Constitutional Council, in its decision of December 31, 1997, has followed a path very similar to the one that guided the Maastricht 1 decision of April 9, 1992. Recurring to the applicable articles of reference, which includes article 88-1 of the Constitutional reform of 1992, the Constitutional Council reviewed the Treaty of Amsterdam of October 20, 1997, to determine whether it implied new transfers of powers that might affect the essential conditions of the exercise of sovereignty and, as a result, restrictively

101 See Paolo CARETTI, *Rapport...*, *cit.*, pp. 3 and 8.

interpreted articles 88-1 and 88-2 of the Constitution. With respect to visas, asylum, immigration and crossing borders, the procedure provided in the Treaty of Amsterdam for adoption of community decisions without ratification by the Member States, by a qualified majority vote or by “co-decision”, despite the fact that they will be approved by the unanimous vote of the Council of the Union, was considered by the Constitutional Council to be capable of infringing the exercise of sovereignty because these are particularly sensitive powers of the State.¹⁰²

In any event, as a result of this decision of the Constitutional Council, France may not ratify the Treaty of Amsterdam without first reforming its Constitution.

4. *Problem of the Constitutional Aptitude of Countries that have Requested Accession to the European Union*

As was stated, the Europe of 15, without a doubt, has increasing perspectives for expansion. For that purpose, many countries have applied for accession to the European Community and the European Union.

As we have seen, Norway has requested accession to the European Community on three occasions: in 1962, then in 1967 approved in 1972 with the signing of the respective treaties, and then in 1992 with membership approved in 1994. On the last two occasions, the referenda of September 25, 1972 and November 27-28, 1994 rejected Norway’s accession to the European Community and the European Union. *Turkey* requested accession to the Community on April 14, 1987 and *Cyprus* and *Malta* followed on July 4 and 16, 1990, respectively.

Switzerland took the initiative and applied for accession to the European Community on May 26, 1992 and, at present, is in the process of negotiating its membership, but as Professor Karine Siegwart of the University of Zurich points out, a special article referring to European integration will need to be incorporated into the Swiss Constitution. In effect, she stresses that the accession of Switzerland to the European Union will require constitutional solutions not only to ensure the direct application and supremacy of community law internally, but also to establish the limitations that such integration implies with respect to Parliament, the cantons and the Swiss Federal Courts.¹⁰³

On April 1 and 8, 1994, Hungary and Poland requested accession to the European Union and on June 22 and 27, 1995, Romania and Slovakia followed suit. Then Latvia, Estonia and Lithuania applied on October 27, November 28 and December 8, 1995, respectfully, followed by Bulgaria on December 14, 1995, the Czech Republic on January 17, 1996, and Slovenia on June 10, 1996.

None of the Constitutions of these countries makes any specific reference to the European Union or to the transfer of legislative, executive and judicial powers to community institutions; neither do they regulate the possibility of the direct

102 See J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Rapport...*, *cit.*, pp. 14 and 15.

103 Karine SIEGWART, *Implications constitutionnelles pour un Etat de la participation à un processus d’intégration régionale*, Rapport Suisse sur le Sujet IV pour le Congrès de Bristol 1998.

application of Community law nor its supremacy over home law. Overall, they do establish the requirement of approval of the Treaties by means of a law and, as a general rule, they attribute equal value to internal legislation. Consequently, without any doubt, as has occurred in the case of the fifteen Member States of the European Union in the last 50 years, in order to be admitted as members, these States will have to adapt their Constitutions to the requirements of regional integration.

III. THE CONSTITUTIONAL REQUIREMENTS OF INTEGRATION PROCESSES AND THE LATIN AMERICAN EXPERIENCE

1. *The Regional Integration Processes as a Product of Constitutional Provisions.*

A regional integration process, as it results from the European experience, poses a different type of relationship between international public law and the internal laws of the different countries, due to the fact that these processes cannot be developed with solely classical intergovernmental institutions, but require supranational community institutions in order to establish a common policy. This situation leads to a series of entirely new requirements for whose establishment and development the old constitutional scheme of approval of treaties by law, for incorporation into the internal legal systems of the countries, has been superseded.

In fact, the undeniable need to establish supranational or community institutions and not just intergovernmental institutions, poses a series of requirements, among which are the following, which have repercussions on the constitutional ambit of each country:

First, the supranational institutions to be established must be able to make decisions that are binding for the Member States.

Second, the decisions of the supranational institutions must be adopted through the exercise of powers that were traditionally held by the constitutional institutions of each Member State; therefore, it is imperative for their creation that the constitutional institutions of the Member States transfer the powers they are giving up, in certain cases, to the supranational entities.

Third, the decisions adopted by the supranational institutions must be directly and immediately applicable in all Member States, both to State institutions as well as to citizens, without the need for any type of approval or incorporation into internal law by intervention of the Member State's constitutional institutions (particularly Parliaments), which are limited in exercising their powers.

And *fourth*, community laws as enacted by the supranational institutions not only takes precedence over internal law, but cannot be examined by the Constitutional Courts of each Member State and are subject to judicial review by a supranational Court of Justice that is to determine their conformity with the Treaties, a situation that reflects the supremacy of community law.

From the constitutional point of view, these legal requirements of an integration process imply the necessary transfer of sovereign powers from the constitutional institutions (the legislative, executive and judicial branches of each Member State) to the supranational body. This implies limiting the powers and competencies of these constitutional entities. These limitations are essential due to the fact that an integration

process must ensure that community laws enacted by the supranational institutions have supremacy over internal laws of the Member States, guaranteeing equality for all and that community law has the same significance and the same force in all of them. This, however, cannot be assured if community law is enforced pursuant to each Member State's internal law.

The implication here is that community law needs to be applied immediately and without adaptation in all the Member States and; consequently, that it is mandatory *first*, in order to ensure that the national legislative institutions do not repeal such laws and, in addition, they need to legislate in accordance with the guidelines established by the community entities; *second* it must be binding for the national executive institutions are in charge of implementation locally, and for the Courts that have to apply them in their decisions, while adhering to the interpretations of community law adopted by the supranational Court of Justice. All the preceding, without a doubt, signifies a limitation of the powers of the constitutional institutions of the Member States, which is only possible in constitutional law if foreseen and permitted by the Constitutions of each Member State.

But there is another unavoidable legal-constitutional consequence of the creation of supranational institutions with the capacity to generate community law, which consists of limiting the power of the Constitutional Courts to examine conformity of community law with the Constitutions of Member States. Otherwise, if the Constitutional Courts of each Member State were to be given the power to determine the constitutionality of community law, then the equality of those States would be an illusion, because they would individually be able to circumvent their community obligations, a situation which is incompatible with the integration process.

All these legal demands of the integration process were discussed and resolved in Europe through a process of adapting local constitutional institutions of the Member States to the community process, and this can only be done, and in effect was accomplished in Europe over the last fifty years, by express constitutional provisions that were incorporated through amendments to the Constitutions of each Member State as the integration process advanced.

Only by means of constitutional reforms and provisions exclusively can the powers of national Parliaments in matters transferred to supranational institutions, be limited; transfers that must be authorized expressly in their Constitutions. This is the only way to guarantee that there will be powers that have been transferred to supranational institutions with respect to which the Parliaments will not be able to legislate, or else that they will only be able to legislate adhering to the guidelines established by the community entity, as well as to ensure that Parliaments will not be able to enact repealing laws.

In the same vein of thought, only through constitutional can it be ensured that national Courts will be obliged to apply community law with supremacy over internal laws, directly and without any State act of incorporation into national legal systems, and that the supranational Court of Justice must be consulted about the uniform interpretation of community law, by whose decisions the Member States will be bound.

In addition, it is only through these constitutional reforms and provisions that the Supreme Courts or Constitutional Courts of the Member States will lose their

power to review the constitutionality of community laws, and in those systems where there is a diffuse method of judicial review, the judges will lose the authority to decide not to apply community law in resolving specific cases, by arguing unconstitutionality.

In any event, if these requirements are not resolved constitutionally under internal law, the integration process will not advance and the constitutional solution will be to establish a provision in national Constitutions to enable modification of the powers of national constitutional institutions, in order to transfer them to supranational institutions, thereby limiting their exercise by the aforementioned national institutions.

Of course, on the basis of such constitutional regulations, the national Parliaments will be able to assign or attribute the exercise of powers derived from the Constitutions to the supranational institutions, but as the Spanish Constitutional Court pointed out in its decision of July 1, 1992, with respect to the Maastricht Treaty, "they cannot avail themselves of the Constitution itself and decide against it, or allow decisions contrary to its provisions." The Spanish Constitutional Court added that those Constitutional articles which authorize the transfer of powers may not be used as instruments to countermand or rectify mandates or prohibitions contained in the Constitution, because those precepts cannot be the legitimate channel for "implicit or implied" constitutional reform.

In other words, integration can only take place pursuant to the national Constitutions. It must be the national Constitutions that formally and expressly authorize the transfer of powers from national constitutional institutions to supranational ones, with the consequent limitation of the former's powers and of the sovereignty of each Member State (this was admitted by the French Constitutional Council in its decisions of 12-30-76; 5-22-85 and 7-23/27-91). If the national Constitutions make no reference to this matter; then, they must be revised or reformed to legitimise such a transfer of powers and limitations to the authority of the national constitutional institutions.

This problem, of course, is not new, based on the experiences of almost fifty years of economic integration in Europe where no step has been taken without due attention to and resolution of the constitutional question. The process was implemented thanks to the provisions of the Constitutions of the Member States dating from before the signing of the Treaty of Rome, in 1957 and even before the signing of the Treaty of Coal and Steel (CECA) in 1951. Nonetheless, because of its importance with respect to community law, the Treaty of Maastricht of 1992, has stressed even more the need for constitutional adaptation to the European Union process, as has been shown by the detailed and exemplary constitutional debate in France, where the Constitutional Council, in Decision N° DC 92-308 of April 9, 1992, established that "the European Union Treaty cannot be authorized by a law until after a constitutional review has taken place," a process which culminated with the referendum of August 20, 1992. A similar decision was adopted when the Treaty of Amsterdam was signed in 1997. But the problem is neither new nor did it cease to attract attention in the different European countries during the years prior to the creation of the European Union.

2. *Constitutional Obstacles to Regional Integration*

In view of the foregoing, it is with reason that in his paper on the “Constitutional Implications of U.S. Participation in Regional Integration” Professor Bermann stated “constitutional constraints on U.S. membership in supranational legal regimes remain very real.”¹⁰⁴

In fact, in the United States, the way of entering into a supranational regimen could be by formal international treaty, which according to Art. II, sec 2, d-1 of the Constitution, entails negotiation by the Executive branch, approval by 2/3 of the Senators present at the vote, and ratification by the Executive. According to the Supreme Court, a treaty entered into in that way must “be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature.”¹⁰⁵

The executive agreements, without the intervention of Congress for establishment of international relations, only refer to agreements in connection with the exercise of executive powers. Therefore, according to the *Restatement* (third) of the Foreign Relation Law of the United States (Sec. 303), an international agreement becomes United States law if it is: a) properly adopted as a treaty; b) authorized by a properly adopted prior treaty (an executive agreement pursuant to a treaty), c) authorized or approved by Congress on a matter within Congress’ legislative jurisdiction (a congressional-executive agreement); or d) entered into by the President under the President’s own constitutional authority (a sole executive agreement).¹⁰⁶

Now then, according to the Supremacy Clause (Art. VI, Sec. 2 of the Constitution), the treaties have ranking of Federal laws and take precedence over the laws of the States and in any event are subject to the Constitution. Therefore, the Supreme Court has indicated that no treaty “can confer power on the Congress, or on any other branch of Government, which is free from the restraints of the Constitution.”¹⁰⁷

On the other hand, as Professor Bermann points out, the Supremacy Clause does not give, and has not been construed to give, to duly signed and ratified treaties an authority superior to that of federal legislation. Rather, the Supreme Court has maintained the view that, in the event of conflict between a treaty and a federal statute, it is the enactment that comes *lates in timo* that prevails.¹⁰⁸ Consequently, a federal statute will be given effect by the courts even if it is in conflict with a prior international treaty; and a treaty will be given effect by the courts even though it is in conflict with a previous federal statute.

104 *Op.cit.*, p. 18.

105 *Foster v. Neilson*, 27 US (2 Pit) 254, 314 (1829), in G. BERMANN, *op. cit.*, p. 2.

106 *Ibid.*, pp. 2-3.

107 See *Reid v. Covest*, 354 US 1, 16 (1957) in G. BERMANN, *ibid.*, p. 5.

108 See *Chae Chan Ping v. United States* (The Chinese Exclusion Case), 130 US 581 (1889); *Whitney v. Robertson*, 124, US 190, 194 (1884); *The Cherokee Tobacco*, 78 US (11 wall), 616 (1870), in G. BERMANN, *Rapport... cit.*, p. 10.

It is precisely on the basis of these principles that there are problems with the GATT, which has never taken the form of a Treaty in the United States, so that the President tends to seek some affirmative expression of Congressional assent to trade agreements, thus giving such agreements the force of statutory law.¹⁰⁹ In addition, in implementing legislation of the World Trade Organization (WTO), it specifically established that:

No provision of any of the Uruguay Round Agreements, nor the application of any such provision to any person or circumstance, that is inconsistent with any law of the United States, shall have effect ... Nothing in this Act shall be construed to amend or modify any law of the United States ... or to limit any authority conferred under any law of the United States.¹¹⁰

Additionally, reference should be made to the legislation project regarding the “WTO Dispute Panel Review Board” being discussed by Congress, composed of five federal judges, that would be empowered to review WTO Panel decisions that are adverse to the United States, in order to determine whether the panel “demonstrably exceeded its authority,” acted “arbitrarily or capriciously,” or added to the obligations or diminished the rights of the United States under the Uruguay Round Agreements.”¹¹¹

With criteria and regulations of this nature, most assuredly the constitutional constraints on the United States to participating in a regime of supranationality, as pointed out by Professor Bermann, are “very real.”

3. *Constitutional Aspect of Regional Integration in the Andean Community*

A. Absence of a Constitutional Base for Andean Integration: The Colombian Exception

The drive to strengthen the integration process in Latin America can be traced back to 1960 to the establishment of the Latin American Free Trade Association (LAFTA). From the constitutional perspective, however, the most impressive process is that of the *Andean Group*. The Andean Group is the result of the Sub regional Andean Integration Agreement of June 26, 1969, signed in *Cartagena*, and through the adoption of the Amending Protocol of Trujillo (March 10, 1996) signed by the Presidents of Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru and Venezuela, is now referred to as the *Andean Community*.¹¹²

The constitutional question of Latin American integration (widely discussed, particularly during the sixties¹¹³) was only resolved in the wake of the signing of the

109 *Ibid.* G. BERMANN, *Rapport...*, *cit.*, pp. 13 and ff.

110 *Ibid.*, p. 16.

111 *Ibid.*, p. 17.

112 Act approving the Amending Protocol of the Subregional Andean Integration Agreement (*Cartagena* Agreement of March 1, 1996, *Official Gazette of the Republic of Venezuela*, n° 36116, of 12-30-96.

113 In general, see Alberto A. NATALE, *La integración latinoamericana y la cuestión constitucional*, Buenos Aires 1997; Emilio J. CÁRDENAS, “En torno a la

Cartagena Agreement, in Colombia, by means of the constitutional reform of 1968 with the incorporation of item 18 into Article 76 relating to the powers attributed to Congress:

Ordinal 18: Approve or reject the treaties or agreements signed by the Government with other States or international law entities.

Through these treaties or agreements, built on the basis of equality and reciprocity, the State may partially transfer specific attributions to supranational institutions aimed at promoting or consolidating economic integration with others.

This Article is the equivalent to Article 150, ordinal 16 of the 1991 Constitution conferring the following functions to Congress:

Approve or reject treaties signed by the Government with other States or international law entities.

Through these treaties, the State, on the basis of equity, reciprocity, and national convenience, may *partially transfer certain functions to supranational organizations*, whose purpose it is to promote or consolidate economic integration with other States.

In addition, Article 227 of the 1991 Constitution provides for the following:

Article 227. The State shall promote economic, social, and political integration with the rest of the countries, and especially with the countries of Latin America and the Caribbean by signing treaties, which on the basis of equity, equality and reciprocity, could lead to the establishment of *supranational organizations*, and even a Latin American community of nations. The law may establish direct elections for the Constitution of the Andean Parliament and Latin American Parliament.

In sharp contrast with the precise articles of the Colombian Constitution, none of the other signatory States to the *Cartagena* Agreement (Bolivia, Chile, Ecuador, Peru and Venezuela) have found ways to accommodate for the needs spurred by the integration process within their respective Constitutions.

In this regard, in Venezuela (which joined the *Cartagena* Agreement in 1973), only one clause based on principle was established in its Constitution, vis-à-vis integration, similar to Article 108 of the 1961 Constitution providing:

constitucionalidad de un eventual Mercado Común Latinoamericano,” *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 12-13 February 1967; Arturo FAJARDO MALDONADO, “Soberanía y derecho internacional en el proceso de integración económica centroamericana”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de San Carlos de Guatemala, n° 3 to 6, 1967-68, p. 49 to 82; Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, *Mesa Redonda sobre la integración de América latina y la cuestión constitucional*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 6-8 February 1967, *Informe de la Secretaría Nacional*, Washington 1967, 106 pp.; Allan R. BREWER-CARÍAS, *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas 1968.

Article 108. The Republic *shall favour* Latin American economic integration. For this reason, it shall work to coordinate resources and efforts to foster economic development and increase common well-being and security.

These deficiencies and the absence of constitutional backing did not stop any of the Andean countries from adhering to the *Cartagena* Agreement. All of them, except Chile, adhered by approving the Treaty by laws or executive acts that had the same authority as a law. In the case of Chile, incorporation of the Agreement into domestic law was by executive act, on the basis of the ties to the Montevideo Treaty of LAFTA, which resulted in Chile's definite severance from the Andean Group in 1974, also via an executive decree.

B. The Constitutional Debate in the Context of Constitutional Jurisdictions: Colombia and Venezuela

Nonetheless, even in Colombia's case, where the Constitution was reformed to provide the solid foundation needed to move forward with the integration process, Law 8 of March 21, 1973, which approved the *Cartagena* Agreement, in article 2 states the following:

Article 2. The National Government may put into force the decisions of the Commission and Board of the Andean Sub regional Agreement provided the legislation is not modified or that it is not fall under the jurisdiction of the Legislator.

The Government shall submit these decisions, for their approval and entry into force, to Congress whenever they treat matters that fall under the jurisdiction of the Legislator or modify existing legislation or when the government has not been invested with previous legal powers.

According to this provision, the Colombian law that approved the *Cartagena* Agreement, without taking into account the new article incorporated into the Constitution of 1968, banned the immediate application of community law internally and reserved for Congress the right to approve each and every one of the decisions of the Commission of the *Cartagena* Agreement, on issues that are the competence of the Congress or that modify existing legislation.¹¹⁴ What this did was to set down the legislators' rejection of any notion of transferral of legislative powers to the Commission of the Agreement and of the immediate application of community decisions at the domestic level, despite constitutional approval.

In Colombia and Venezuela, in addition to a diffuse system of judicial review of constitutionality of law there coexists, since the past century, a concentrated system of judicial review of constitutionality of laws, which is exerted by popular action, now in Colombia, the hands of the Constitutional Court (until 1992, the Supreme Court held this control).

114 See Jaime VIDAL PERDOMO, "Aspectos Jurídicos de la aprobación del Acuerdo de Cartagena", *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, n° 11, Bogotá, June 1993, p. 35-39.

In view of this, Article 2 of the Colombian law approving the *Cartagena* Agreement was brought before the Supreme Court alleging its unconstitutionality because it was considered to go against Article 76, ordinal 18 of the Constitution, which authorized the opposite of that provided for. The Supreme Court of Justice of Colombia, in the decision reached on February 27, 1975, annulled the objected article, which resulted in the recognition of the existence, within the framework of a constitutional order, of the possibility of a transfer of authority to the community bodies. This entailed that Congress underwent a “loss of legislative powers,” a “legal definition whose inclusion in the national systems has made constitutional reform a necessity” provided for under Article 76, ordinal 18 of the Constitution.

Hence, the Court pointed out the following:

After the reform there is no longer any questioning to be made as regards the authority to be exercised by certain international organizations in the realm of legislating, with effects in Colombia, on matters of their competence, under the terms set forth in the Constitution.

Based on this, the Supreme Court annulled article 2 of the Law Approving the *Cartagena* Agreement, having considered that it went against the Constitution, “when it established assumptions” in respect of Government abilities which the Constitution had not accounted for,” giving rise to a “notorious” conflict between the legislative provision and the Constitutional order.¹¹⁵

The solution found for the constitutional problem vis-à-vis integration in Colombia was such that even the Supreme Court of Justice, in the subsequent application of the Andean Community Law, reached the following decision on August 1, 1988:

Based on the pre-eminent nature of community law, authorized by our Constitution, a previous national law that contradicts an integration law is to be deemed derogated, based on the application of this phenomenon in the Colombian law, or *suspended or replaced as is generally said in that type of law*; and a subsequent national law is to be considered unconstitutional, not so much because of the force it has or the respect merited by the constituting or initial treaties but because the authority to govern these issues, as a power of national sovereignty, has been transferred from the domestic authorities to the community authorities and this has been done pursuant to the specific precept of the Political Charter. *Undoubtedly, a limitation exists and the transfer of authorities from the national powers to supranational institutions which, by conferral or cession, acquires the respective competence.*¹¹⁶

The legal constitutional situation of integration in Colombia, which was also regulated under specific terms in the 1991 Constitution, in Article 150, ordinal 16 as well as in Article 227, does nevertheless contrast with a number of recent constitutional reforms, such as that of Peru in 1993, whose Constitution expressly

115 Consulted in the original.

116 See Galo PICO MANTILLA, *Derecho andino*, 2nd Edition, Quito 1992, pp. 66 and 67.

provided for a totally opposite principle than that required by integration by stating the following in Article 56:

Article 56. Treaties shall be approved by Congress prior ratification by the President of the Republic, when these treat the following subjects:

1. Human Rights,
2. Sovereignty, authority or integrity of the State,
3. National Defence,
4. Financial obligations of the State.

Congress must also grant its approval for treaties that create, modify, or eliminate taxes; for those that require modification or derogation of a law and those which need legislative measures for their execution.

As indicated, in the case of Venezuela, the Constitution has only one clause relating to principle (Article 108) whereby: "The Republic shall favour Latin American economic integration, "and the constitutional debate that arose was presented much in the same terms as in Colombia. However, because no conclusive constitutional text existed, the result, following an action brought before the Supreme Court against the Law Approving the *Cartagena* Agreement, on the basis that it was unconstitutional, was entirely opposite to the solution found in Colombia.

In effect, in the Venezuelan Law Approving the *Cartagena* Agreement of 1973,¹¹⁷ as well as the most important Decisions of the Commission of the Agreement relating to national legislative issues, the Congress -following the same line as the decision in Colombia's Approval Law annulled by that country's Supreme Court-added an "interpretative declaration" indicating the exact interpretation it had made of the provisions of the Agreement in the following text:

Paragraph One: The decisions of the Commission of the Agreement that modify Venezuelan legislation or that concern issues that fall under the jurisdiction of the Legislative Branch must be approved by a Law of the Congress of the Republic.

In Venezuela, as in Colombia, the law was submitted before the Supreme Court alleging that it was unconstitutional. The Venezuelan Supreme Court decision of July 10, 1990 -in contrast with the Colombian decision reached 15 years earlier-overruled the lawsuit because it considered that the law did not violate the 1961 Constitution. The Court ruled:

Our Congress did not accept to delegate its authority to the Commission, and this choice in no way goes against the Constitution, it does just the opposite because it has the transcendence of a sovereign act of the body responsible for setting up and derogating, modifying or reforming laws, as well as for exclusively exercising those decisions that stem from a Law.

117 See *Official Gazette* n° 1620, Special Edition, November 1, 1973.

Consequently, on the basis of the decision set down by the Supreme Court, in charge of the review relating to the constitutionality of laws, the fundamental requirement of the integration process had been impaired.¹¹⁸

In 1983, before the decision of the Supreme Court, Congress had ratified the Law for the Approval of the Treaty of the Court of Justice of the *Cartagena* Agreement¹¹⁹, which incorporated, in a similar manner to the “interpretative declaration” of the Law Approving the Agreement, an article with the following text:

Article 2. Decisions set forth by the Commission that modify Venezuelan legislation or that treat issues that are under the authority of the Legislative Branch require approval in the form of a Law of the Congress of the Republic.

Based on these articles, in Venezuela the general practice until 1992 was that congressional law approved all decisions of the Commission of the *Cartagena* Agreement regarding legislative matters. Those, which were not approved by a law of the Congress, such as in the case of decisions relating to industrial property (Decisions 85 and 311), were not applied in the country.

Nevertheless, the Treaty itself that created the Court of Justice of the *Cartagena* Agreement set forth in its Second Article that:

The Member States are subject to the decisions reached by the Commission from the moment that latter approves them.

This decision, which is in direct conflict with that provided for under Article 2 of the Law Approving the Treaty itself, was interpreted as having meant to be applicable only for those matters that were not under the jurisdiction of the legislative branch. It operated in this manner until 1992 and hence all decisions of the Commission that were related to the legislative powers were either approved by Law in each case or were not applied in Venezuela.

The situation, however, took a radically different turn in Venezuela, as of 1992, as a result of the practical requisites that were a natural consequence of the integration process. Following the issuing of *Official Gazette* No. 4284 of June 28, 1992, the National Executive branch began to publish in said Gazette without prior legislative approval and without any executive note making any mention of the matter. And hence, the Decisions of the Commission of the Agreement, including those that affect legislative matters, such as Decision 282 on Antidumping Regulations; Decision 284 on Restrictive Export Regulations; Decision 285 on

118 See references in Allan R. BREWER-CARÍAS, “El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana”, *Revista de derecho público*, n° 44. Caracas 1990, p. 225-229.

119 See *Official Gazette*, Special Edition n° 3216 of 7-7-83. See comments on the text in Allen R., BREWER-CARÍAS, “La proyectada creación del Tribunal del Acuerdo de *Cartagena* y la cuestión constitucional en el proceso de integración económica latinoamericana” in *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado D. Roberto Goldschmidt*, Caracas 1978, Maracaibo 1978, p. 148-197.

Restrictive Regulations on Free Competition; Decision 291 on the Foreign Capital Regime; Decision 292 on Multinational Enterprises; Decision 313 on the Common Regime for Industrial Property and its Reform; Decision 344 published in 1994, modifying the Industrial Property Law of 1955; Decision 351 on the Common Regime for Copyrights and Related Rights, which modifies the Copyright Law.

The National Executive has regulated some of these decisions. A case that can be pointed out is the executive regulation of the Copyright Law and Decision 351 of the Commission of the *Cartagena* Agreement.¹²⁰ Moreover, the Supreme Court itself has applied the text of some of these Decisions when issuing its own, of which Decision 313 on the Common Industrial Property Regime is a clear example.¹²¹

Based on the aforementioned, one surmises that Venezuela has taken on the integration process relying solely on interpretations of the law and with no solid constitutional framework. No constitutional provisions were set up and, further, Venezuela's form of proceeding conflicts openly with that set forth in the Approving Laws of the two most significant instruments of the Andean integration process, namely the *Cartagena* Agreement and the Treaty that creates the Court of Justice of the Agreement.

It should nonetheless be noted that, as of 1996, the "interpretative declaration" clause incorporated by Congress into the Law Approving the *Cartagena* Agreement of 1973 was eliminated in the Law Approving the Amending Protocol to the Agreement on Andean Sub regional Integration (*Cartagena* Agreement) dated March 10, 1996¹²² (Protocol of *Trujillo*). Similarly, the interpretative clause that had been included in the Law approving the Treaty for the establishment of the Andean Court of Justice was eliminated in the Law approving the Amending Protocol to the *Cartagena* Agreement dated May 28, 1996.¹²³

However, the constitutional reasoning which made it possible to include the aforementioned interpretative clause in the laws approving said Treaties of 1973 and 1983, respectively, continue to be the same, since the Constitution has not been amended to conform to the constitutional requirements of Andean integration. As a result, the fact that the clause has not been included in the Amending Protocols to the Treaties has borne no change as regards the constitutional situation generated by the fact that no regulation has been provided in the Constitution to authorize transferring that authority, currently held by legislators, to bodies within the framework of the Andean Community. In fact, the *Cartagena* Agreement explicitly provides for this in the area of Industrial Property. In this case, pursuant to Article 52 of the *Cartagena* Agreement Codification¹²⁴, the common regime for industrial property requires that the General Secretariat *submit it for the consideration* of its

120 Decree n° 618 of 4-11-95.

121 The *Nintendo* case, CSJ-SPA of 8-3-95.

122 *Official Gazette* n° 36116, December 30, 1996.

123 *Official Gazette* n° 5187, Special Edition, December 5, 1997.

124 Decision n° 406 dated June 25, 1997, *Official Gazette of the Cartagena Agreement* n° 278, Lima July 4, 1997.

Member States, so that these adopt it. According to the Agreement, the Member States “assume the responsibility of adopting the measures deemed necessary to implement” this common regime. Therefore, this excludes any direct application of the decisions made by the Commission on this issue in the Member States.

According to article 128 of the Venezuelan Constitution, which follows the dualist model:

Article 128. International treaties or conventions signed by the National Executive *shall be approved by a special law* to make these valid, unless they serve as vehicles to execute or perfect previously existing obligations of the Republic, to apply principles which it expressly recognizes, to execute regular acts in the system of international relations or to exercise powers specifically assigned by the law to the National Executive branch. However, the Congressional Delegate Commission may authorize the temporary execution of international treaties or conventions whose urgency so requires, and these shall be submitted, in all cases, to the subsequent approval or rejection of the Congress.

In any case, the National Executive shall provide a full account to Congress, during its following sessions, in respect of the international agreements reached, indicating the nature and contents with full precision, regardless of whether they require or do not require Congressional approval.

Based on this one can say that it contradicts article 2 of the Treaty for the Establishment of the Court of Justice of the Andean Community, whose 2 article reads as follows:

Article 2. The Member States are subject to the Decisions from the moment these decisions are approved by the Andean Council of Ministers of Foreign Affairs or by the Commission of the Andean Community.

Article 3. The Decisions of the Andean Council of Ministers of Foreign Affairs or of the Commission and the Resolutions of the General Secretariat *will be directly applicable to Member States as of the date of their publication in the Official Gazette of the Agreement*, unless a later date is provided in the decisions.

When the text so provides, the Decisions shall need to be incorporated in the domestic law, by means of an express document indicating the date of entry into force in each Member State.

This law undoubtedly stems from the most classic of the formulas that treat the issue of supranationality in the area of regional integration as regards the European experience, in which case the Constitutions of all 15 Member States of the European Union allow for the transfer of authorities to supranational bodies and limits on the authorities of Parliaments for matters governed by Community law, and generally speaking, the immediate and priority application of this Community law has been regulated.

But in countries whose constitutions do not resolve these constitutional aspects, as in the case of Venezuela, it is not possible to surpass constitutional obstacles by means of interpretation. No matter how large a will exist to make integration a reality, it will not be possible in Venezuela unless there is a constitutional reform.

This was also true for Europe. At the same time, it is equally false to assume that the Constitution has been reformed as a result of the ratification of the Treaties of *Cartagena* and of the Court of the Justice of the Andean Community.

The Venezuelan Constitution does not allow this. Nor does the Constitution of Venezuela permit interpreting that all the decisions reached under the framework of the Commission of the *Cartagena* Agreement, including those amending domestic legislation, “stem from” previously existing obligations of the Republic, and that pursuant to article 128 of the Fundamental Text they would not require being approved by Law. This would in fact mean completely ignoring the meaning and content of article 128 of the Constitution in order to modify it by interpretation.

This backs the need to build strong pillars for the integration process in Venezuela has led to the proposal to encompass the Constitutional reform (the reform has now been in the study process five years) in the regulation concerning integration with a paragraph reading as follows:

In the case of treaties whose objective is the promotion or consolidation of the process, integration organizations or institutions can be granted the authority to exercise certain powers which this Constitution conferred on the State. The decisions made by these organizations or institutions will have a direct effect on the country to the extent that this is established by the Treaty.*

C. Situation of other Andean Countries and the Lack of a Solution to the Constitutional Issue

The constitutional situation in the rest of the Member States of the *Cartagena* Agreement is just as precarious as in Venezuela or more so. Reference has already been made to Peru, whose Constitution explicitly requires legislative approval for any Treaty that modifies or derogates a Law or calls for legislative measures for its execution (Article 56).

In the case of Ecuador, a preamble that forms part of Article 2 of the 1992 Constitution only points out that the State of Ecuador:

Also upholds the international community, as well as the stability and strengthening of its organizations, and in this framework, the Iberian-American integration, as an effective system to bring about the development of the peoples linked by the solidarity forged from their cultural origins and identity.

In the case of Bolivia, the 1994 Constitutional reform made no reference to the Andean integration process.

D. Willingness to Integrate without the Constitutional Backing of the Bodies of the Cartagena Agreement

In spite of the constitutional weakness of the integration process, several decisions of the Court of Justice of the *Cartagena* Agreement have treated and reached decisions vis-à-vis fundamental aspects of constitutional requirements of the integration process. Hence, in a decision reached on June 10, 1987 (the case of the invalidity of Decision 252 of the Board), the following was said concerning the integration process in the Andean Pact:

A manifestation of total and shared sovereignty of its Member States, for which reason none of these States can ignore or alter this, nor can any of their government entities... All integration processes consist, fundamentally, in surpassing the countries' national boundaries of the countries that are working to integrate to ensure the emergence of a greater unit which functions as such, jointly as one.¹²⁵

In another judgment, also dated June 10, 1987 (invalidity of Decision 253 of the Board), the Tribunal pointed out that:

The legal system established under the *Cartagena* Agreement is *imperative, and its application is mandatory*, in all the Member States and it must be respected and complied by all, and by the Bodies of the Board, as well as by all the organizations and officials that fulfil duties stemming from this regulatory framework, which governs the integration process being met in a *community of law* established under the Andean Pact.¹²⁶

That same year, in a decision dated December 3, 1987, issued on the occasion of the interpretation of Decision 85 of the Commission of the Agreement, upon realizing that by establishing the Court of Justice Agreement, the interpretation of community rules relating to Andean Law had been “conferred to the juridical body of the Community”, stating:

The need to spell out that the application of the legal system of Andean integration prevails over that of international or national regulations, because it is an *essential trait of Community Law*, as a basic requirement for the building of integration.¹²⁷

The Commission of the Agreement had also formulated this view during its XXIX Session in 1980, stating that:

a) The legal system of the *Cartagena* Agreement has its own identity and autonomy, and embodies a general law and forms part of national legal systems; b) the legal system of the Agreement prevails, in the framework of its authorities, over national decisions, and Member States cannot oppose it either through unilateral measures or actions; c) Decisions that entail obligations on behalf of the Member States enter into force on the stipulated date or, on the date of the Final Act of the respective meeting, for other cases, pursuant to Article 21 of the Regulation of the Commission. As a result, these Decisions gain strength and their compliance can be demanded from the date of their entry into force.

Further, in the Act of Caracas, dated May 1991, signed by the Presidents of Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru, and Venezuela, on the occasion of the Fifth Andean Presidential Council, explicit reference was made, regarding institutional aspects and compliance of the Andean legal system, to the will to:

125 See Galo PICO MANTILLA, *op. cit.*, p. 58.

126 *Ibid.*, p. 59.

127 *Ibid.*, p. 60.

a) Reiterate the principle of direct application of the Decisions of the Commission of the *Cartagena* Agreement, as set forth in Article 3 of the Treaty for the Creation of the Court of Justice, and to instruct national authorities to apply these decisions without restrictions and to promote their dissemination.

For this reason, as mentioned earlier, Article 2 of the Amending Protocol to the Treaty, which sets up the Court of Justice of the Andean Community, reiterates this principle.

Andean integration, without any doubt, is following two different paces: one of these is marked by willingness and the commitment to integrate manifested by the Executive bodies of the Member States, while the second pace evidences total scepticism vis-à-vis the process itself, which is in the hands of the legislative bodies of these same Member States, forced to contend with the lack of adequate constitutional solutions to meet the requirements demanded by integration. One cannot expect the process to make any serious progress while this duality continues to exist. Seen from the institutional standpoint, the total lack of a constitutional base in Member States (except for Colombia) is the crux of the problem that faces Andean integration.

4. *Integrationist Vocation in other Latin American Constitutions*

Contrasting sharply with the limited constitutional base in place for Andean integration, a number of Latin American countries that are not presently parties to integration processes of the same dimension as that of the Andean Pact have been incorporating a variety of decisions in their Constitutions evidencing the willingness to strive for integration. This will, without a doubt, facilitate the institutional development of MERCOSUR, to name an example.

This is the case, in South America, of the Constitutions of Paraguay and Argentina, and in Central America of the Constitutions of Nicaragua and Costa Rica.¹²⁸

The 1992 Constitution of Paraguay amply upholds Latin American integration, and one could go as far as assuring that the requisites set by the integration process are summed up in Article 145, which *explicitly* acknowledges a supranational legal order:

Article 145. The Republic of Paraguay, in condition of equality with all other States, accepts a supranational legal order that guarantees the observance of human rights, peace, justice, cooperation and development in the political, economic, social and economic planes.

These decisions may only be adopted by absolute majority in each Body of Congress.

Along these same lines, the Constitution of Argentina adopts a broad criteria vis-à-vis the Latin American integration process, going much further than merely formulating a declaration of principles. In the case of Argentina, authority, in effect,

128 See text of these Constitutions in Luis ORTIZ ÁLVAREZ and Jacqueline LEJARZA (compilers), *Constituciones hispanoamericanas*, Caracas 1996.

can be transferred from authorities and jurisdictions to supranational organizations.¹²⁹ In Article 75, paragraph 24, it in fact includes as part of the powers of Congress - text incorporated in the constitutional reform of 1994- the following:

Approve integration treaties that delegate authority and jurisdiction to supranational organizations under conditions of reciprocity and equality and that respect the principles of democracy and human rights. The decisions formulated as a result have greater hierarchy than laws.

The approval of these treaties with Latin American States will call for an absolute majority of all the members of each Chamber.

The Constitution of Nicaragua of 1986, which was recently reformed in 1995, adopts in Article 5, the principles and fundamental bases that govern its international relations, stipulating in the last part of the article that: "Nicaragua privileges integration and encourages the reconstruction of the greater Central American Nation", reiterating this in Article 8: "The people of Nicaragua is by nature multiethnic and an integral part of the Central American Nation."

In Article 9, however, it sets down the bases for a very broad interpretation for Latin American integration under the following terms:

Article 9. Nicaragua is firm in its defence of Central American unity, and supports and promotes all efforts aimed at ensuring political and economic integration and cooperation in Central America, as well as efforts to establish and maintain peace throughout the region.

Nicaragua hopes that the peoples of Latin America and the Caribbean will join as one, inspired by the ideals of Bolívar and Sandino.

For this reason, Nicaragua shall *participate with the other countries of Central America and Latin America in the establishment or election of the necessary organizations to achieve these goals.*

This principle shall be governed by respective treaties and legislation.

This criterion is also developed in the Constitution of Costa Rica, whose last reform dates back to 1995, when international treaties were granted more hierarchy than national laws under Article 7:

Public treaties, international agreements and arrangements duly approved by the Legislative Assembly, shall be of a higher level of authority from the moment they enter into force or from an assigned date.

Moreover, the Costa Rican Constitution makes explicit recognition of the process of transferring authority that could stem from integration treaty by providing the following, among the powers corresponding to the Legislative Assembly:

129 See Eduardo Pablo JIMÉNEZ, "Aspectos constitucionales de la integración", *Boletín informativo Asociación argentina de derecho constitucional*, Año XIII, n° 139, November 1997, p. 8-14; Martín R. PANCALLO D'AGOSTINO, "La normativa constitucional y los procesos de integración", *Boletín informativo de Asociación argentina de derecho constitucional*, Año XIII, n° 140, December 1997, pp. 7-9.

§ 6. CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS OF REGIONAL INTEGRATION.
XVIII CONGRÈS, BRISTOL, 1998

Article 121. 4. Approve or reject international agreements, public treaties and arrangements. The public treaties and international agreements that grant or transfer given authorities to a community legal system, for the purpose of carrying out regional and joint objectives, shall require the Legislative Assembly's approval, by vote of no less than 2/3 of all its members.

Although under different terms, the Constitutions of both Guatemala and El Salvador also take Latin American integration into account.

In the case of the 1985 Constitution of Guatemala, which was reformed in 1993, economic integration is treated from the standpoint of the Central American community's relationship with all other States that make up the Central American Federation. It does nevertheless recognize the *pre-eminence of International Law*, that is, awarding a higher level of value and hierarchy to it than to the domestic system in the realm of human rights (article 46); as well as the possibility of formulating joint policies with related States for the purpose of ensuring progress for their countries (Article 151).

A similar approach to the integration process is gleaned from the 1983 Constitution of El Salvador, which in addition to economic, social, and cultural integration with the other American republics, also makes reference to *human* integration, and specifically mentions Central American integration in a manner comparable to that of the Constitution of Guatemala and that of Nicaragua, manifesting its consent, prior consultation with the people, of the total or partial reconstruction of the Republic of Central America, in a unitary, federal or confederate manner (Article 89).

At the same time, it also provides for a mechanism to create and transfer functions to supranational organizations by indicating that integration shall forge ahead through international tools in the form of either treaties or conventions.

Unlike other countries that explicitly recognize the *pre-eminence of the international system* over domestic law, the Constitution of El Salvador establishes the principle granting international treaties and conventions the same value and hierarchy as its national laws, and the courts can apply the provisions of treaties that are contrary to Constitutional precepts (articles 144 and 149). In contrast, however, the Constitution in referring to integration states that the respective treaties may contemplate "*the creation of organizations with supranational functions...*" (Art. 89).

States whose constitutions are similar to the Venezuelan constitution form part of a different context. For these cases, the Constitutions set down a declaration of principles vis-à-vis integration, which serves as the platform for its international relations. This is the case of the Constitutions of Brazil, Uruguay, Honduras and Cuba.

The Brazilian Constitution of 1988 establishes the fundamental bases that govern international relations in ten principles set forth under Article 4, with a single paragraph providing that:

The Federative Republic of Brazil will strive for economic, political, social, and cultural integration of the peoples of Latin America in an effort to establish a Latin American community of nations.

Similarly, Article 6 of the Constitution of Uruguay of 1966 provides for the following:

The Republic will seek the social and economic integration of the Latin American States, especially as regards the joint defence of their products and raw materials. Likewise, it will favour the effective complementation of its public services.

The Constitution of Honduras, for its part, sets down a declaration of principles in Article 35, which states:

The State shall structure its economic relations on the basis of fair international cooperation, Central American economic integration, and respect of treaties and agreements it signs which do not enter into conflict with national interests.

Along this same train of thought, the Cuban Constitution of 1992 simply states the following in Article 12c):

Reasserts its willingness to participate in integration and cooperate with the countries of Latin America and the Caribbean, whose shared identity and historical need to move forward as a whole towards economic and political integration to achieve true independence would make enable us to attain the place we merit in the globe.

CONCLUSION

As stated, after the approval of the Maastricht Treaty and of the Amsterdam Treaty of the European Union, it has been said that, in Europe, these seem to have spurred a constitutionalisation process of community law as a result of the growing importance conferred to the concept of constitutional problems of the integration process. Practically all the Member States have undertaken processes of constitutional reform in order to adopt the new community norms on nationality and electoral regimes, as well as for economic and monetary policies.

The truth of the matter however is that, in Europe, constitutional law has always gone hand in hand with the integration process from the signing of the Paris Treaty in 1951. The advances of this process in Europe during the last 40 years, beginning with the Economic Communities and reaching what is today the European Union, have been supported by the Constitutions of the respective Member States which had taken special care to provide for the transfer of power and authorities to supranational community bodies to ensure the continuity of the process, while also curtailing certain powers of the constitutional authorities of the Member States; and establishing the direct and immediate application of community law in the countries in relation with internal law. The constitutional elements needed to successfully carry forward the integration process have not received enough attention perhaps because they seem so evident and natural.

In contrast with the European process, the countries of Latin America, and particularly the Andean Group, have attempted to execute an integration process without meeting the constitutional requisites. The countries of Latin America have only focused on political and economic considerations, and at most, very elementary constitutional interpretations.

§ 6. CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS OF REGIONAL INTEGRATION.
XVIII CONGRÈS, BRISTOL, 1998

The Andean Pact illustrates this only too well in which case only one Member State, namely Colombia, has found a constitutional solution to comply with the institutional requisites of the integration process.

The process can certainly not be expected to advance under such straining and uncertain bases. Many setbacks can surely be encountered and in this respect the European experience with community law and the constitutional path it followed must certainly become a focal point for the Andean integration process.

§ 7. CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATOIRES

General Report for the XVIII International Congress of Comparative Law, organized by the International Academy of Comparative and held in Washington, D.C, in July 2010*

PRELIMINARY NOTE

In all democratic states, constitutional courts, which are traditionally empowered to invalidate or to annul unconstitutional statutes, have the role of interpreting and applying the Constitution to preserve its supremacy and to ensure the prevalence of fundamental rights. In this sense, they were traditionally considered “negative legislators,” unable to substitute for the legislators or to enact legislative provisions that could not be deduced from the Constitution. During the past decade, the role of constitutional courts has dramatically changed, as their role is no longer limited to declaring the unconstitutionality of statutes or annulling them. Today, constitutional courts condition their decisions on the presumption of constitutionality of statutes, opting to interpret them according to or in harmony with the Constitution to preserve them, instead of deciding their annulment or declaring them unconstitutional. More frequently, constitutional courts, instead of dealing with existing legislation, assume the role of assistants or auxiliaries to the legislator, creating provisions they deduce from the Constitution when controlling the absence of legislation or legislative omissions. In some cases, they act as “positive

* Published in Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge University Press, 2011, 934 pp.

legislators,” issuing temporary or provisional rules to be applied pending the enactment of legislation.

This General Report analyzes this new role of the constitutional courts, conditioned by the principles of progressiveness and of prevalence of human rights, particularly regarding the important rediscovery of the right to equality and nondiscrimination.

Following the general guidelines that I sent out, the national reporters wrote their national reports, which were the main source of information I had for writing the general report, which of course was complemented by my own research. I received thirty-six National Reports from thirty-one countries: nineteen from Europe, including six from Eastern Europe; ten from the American continent (three from North America, five from South America, and two from Central America); one from Asia, and one from Australia. I thank again all the National Reporters for their cooperation in providing me with precious and current information on the subject.

Those National Reports and Papers I received for *XVIII International Congress of Comparative Law*, Washington, DC, July 2010 were the following:

ARGENTINA: Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, “Constitutional Courts as Positive Legislators (Argentina)” (18 pp.).

-Néstor Pedro Sagües, “La Corte Suprema Argentina como legislador positivo” (24 pp.).

AUSTRALIA: Cheryl Saunders, “Interpretation and Review” (54 pp.).

AUSTRIA: Konrad Lachmayer, “Constitutional Courts as Positive Legislators” (13 pp.).

BELGIUM: Patricia Popelier, “L’activité du juge constitutionnel belge comme législateur” (16 pp.).

BRAZIL: Thomas Bustamante and Evanilda de Godoi Bustamante, “Constitutional Courts as Negative Legislators: The Brazilian Case” (29 pp.).

-Marcelo Figueredo, “Judicial Remedies Aimed to Fill the Legislative Gaps resulting from State Omissions under Brazilian Law” (12 pp.).

-Luis Roberto Barroso, Thiago Magalhães, and Felipe Drummond, “Notas sobre a questão do Legislador Positivo” (47 pp.).

CANADA: Kent Roach, “Constitutional Courts as Positive Legislators: Canada Country Report” (25 pp.).

COLOMBIA: Germán Alfonso López Daza, “Le juge constitutionnel colombien, législateur-cadre positif: un gouvernement des juges” (16 pp.).

-Sandra Morelli, “The Colombian Constitutional Court: from Institutional Leadership, to Conceptual Audacity” (20 pp.).

COSTA RICA: Rubén Hernández Valle, “Las Cortes Constitucionales como Legisladores positivos” (43 pp.).

CROATIA: Sanja Barić and Petar Bačić, “Constitutional Courts as Positive Legislators. National Report: Croatia” (29 pp.).

§ 7. CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS.
XVIII CONGRESS. WASHINGTON, 2010

CZECH REPUBLIC: Zdenek Kühn, “Czech Constitutional Court as Positive Legislator?” (17 pp.).

FRANCE: Bertrand Mathieu, “Le Conseil constitutionnel ‘législateur positif. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l’exercice de la fonction législative” (18 pp.).

GERMANY: Ines Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators” (22 pp.).

GREECE: Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, “Constitutional Courts as Positive Legislators. Greek National Report” (24 pp.).

HUNGARY: Lóránt Csink, Józef Petrétei and Péter Tilk, “Constitutional Court as Positive Legislator. Hungarian National Report” (7 pp.).

INDIA: Surya Deva, “Constitutional Courts as Positive Legislators: The Indian Experience,” (11 pp.).

ITALY: Giampaolo Parodi, “The Italian Constitutional Court as Positive Legislator” (13 pp.).

MEXICO: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “La Corte Suprema de Justicia como Tribunal Constitucional” (27 pp.).

NETHERLAND: Jerfi Uzman, Tom Barkhuysen and Michiel L. van Emmerik, “The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?” (54 pp.).

NICARAGUA: Sergio J. Cuarezma Terán and Francisco Enríquez Cabistán, “La estructura normativa de la Constitución Política de Nicaragua y sus mecanismos de tutela” (55 pp.).

NORWAY, Eivind Smith, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators:’ Norway” (7 pp.).

PERÚ: Fernán Altuve Febres, “El Juez Constitucional como legislador positivo en el Perú” (30 pp.).

-Francisco Eguiguren and Liliana Salomé, “Función contra-mayoritaria de la Jurisdicción Constitucional, su legitimidad democrática y los conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Legislador” (18 pp.).

POLAND, Marek Safjan, “The Constitutional Courts as a Positive Legislator” (18 pp.).

PORTUGAL: Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, “Constitutional Courts as Positive Legislators” (11 pp.).

SERBIA: Boško Tripković, “A National Report for Serbia on the topic Constitutional Courts as “Positive Legislators” (19 pp.).

SLOVAK REPUBLIC: Ján Svák and Lucia Berdisová, “Constitutional Court of the Slovak Republic as Positive Legislator via Application and Interpretation of the Constitution” (14 pp.).

SPAIN: Francisco Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo (Spain)” (48 pp.).

SWEDEN: Joakim Nergelius, “Human Rights and Judicial Review” (29 pp.).

SWITZERLAND, Tobias Jaag, “Constitutional Courts as Positive Legislators: Switzerland” (23 pp.).

UNITED KINGDOM: John Bell, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’: United Kingdom” (8 pp.).

UNITED STATES: Laurence Claus and Richard S Kay, “Constitutional Courts as Positive Legislators’ in the United States” (38 pp.).

VENEZUELA: Daniela Urosa, “Cortes Constitucionales como Legisladores Positivos: La experiencia venezolana” (30 pp.).

The text of all these National Reports were also included and published in the same book where the General Report is published:

Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge University Press, 2011, 934 pp. 193-842.

When presenting this General Report to the Academy in 2010, I thanked again all the members of the board of the Academy for all their support of my academic activities during the almost half century that had passed since I first delivered a General Report at the VII Congress at University of Uppsala in 1966. In particular, I expressed my thanks to Professor Roland Drago, who was for many decades the Secretary-General of the Academy, who through his persistent work positioned the Academy among the most recognized institutions in current comparative law.

Beatriz, my wife, went with me to the Uppsala Congress in 1966, and she has accompanied me during the past decades in all my academic ventures and relations with the academy. She has been the permanent witness to the hours, days, weeks, and years that the academic life requires; and in the particular case of this General report of 2010, she was even a closer witness in the years of exile in New York – a result of the authoritarian government in Venezuela that since 1999 has seized all branches of government, demolishing with absolute impunity democratic institutions and the rule of law.

It was thanks to her fortitude, support, love, and understanding, that during the difficult months of 2011, I was able to finish this work on time. That is why the book published with the General report was dedicate to her, with all my love.

INTRODUCTION

HANS KELSEN, JUDICIAL REVIEW, AND THE NEGATIVE LEGISLATOR

At the beginning of the twentieth century, Hans Kelsen, in his very well-known article “*La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)*,” published in 1928, in the *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, began to write for non-German-speaking readers about constitutional

courts as “negative legislators.”¹ As Kelsen was one of the most important constructors of modern public law of the twentieth century, it is indeed impossible to write about the opposite assertion – on constitutional courts as positive legislators – without referring to his thoughts on the matter.²

In his article, while sharing his experience on the establishment and functioning of the Constitutional Court of Austria in 1920, conceived of as an important part of the concentrated system of judicial review that he had introduced for the first time in Europe,³ Kelsen began to explain the role of such constitutional organs established outside of the judicial branch of government, but with jurisdictional powers to annul statutes they deemed unconstitutional.

The Austrian system, which was established the same year as that in Czechoslovakia,⁴ according to Kelsen’s own ideas,⁵ sharply contrasted with, at that time, the already well-established and well-developed diffuse system of judicial review adopted in the United States, where for more than a century, courts and the Supreme Court had already developed a very active role as constitutional judges⁶

It is true that the classic distinction of the judicial review systems in the contemporary world, between the concentrated systems of judicial review and the diffuse systems of judicial review,⁷ has developed and has changed, and is difficult

1 See Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle),” *Revue du droit public et de la science politique en France et a l’étranger*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris 1928, pp. 197–257. See also the Spanish text in Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2001.

2 As all the national reporters, in one way or another, have done in their national reports for subject IV.B.2 of the eighteenth International Congress of Comparative Law, Washington, D.C., July 2010.

3 See generally Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche* (reprint of the 1928 edition, with H. Kelsen’s preface), Economica, Paris 1986; Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 1.

4 See Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 1.

5 Kelsen called constitutional justice his “most personal work.” See Theo Öhlinger, “Hans Kelsen y el derecho constitucional federal austriaco: Una retrospectiva crítica,” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 5, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico City 2006, p. 219.

6 For the purpose of this general report, the expression “constitutional courts” refers generally to constitutional tribunals or courts – specifically established in many countries as constitutional jurisdictions, with powers to annul with *erga omnes* effects unconstitutional statutes, as well as to supreme courts or tribunals also acting as constitutional jurisdictions, or any court or tribunal when acting as constitutional judges.

7 See generally Mauro Cappelletti, *Judicial Review in Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1971, p. 45; Mauro Cappelletti and J. C. Adams, “Judicial

to apply in many cases clearly and sharply.⁸ Consequently, in almost all democratic countries, a convergence of principles and solutions on matters of judicial review has progressively occurred,⁹ to the point that nowadays it is possible to say that there are no means or solutions that apply exclusively in one or another system.¹⁰ Nonetheless, this fact, in my opinion, does not deprive the distinction of its basic sense.

In effect, and in spite of criticisms of the concentrated-diffuse distinction,¹¹ the distinction remains very useful, particularly for comparative law analysis, and it is not possible to consider it obsolete.¹² The basis of the distinction, which can always

Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations,” *Harvard Law Review* 79, n° 6, April 1966, p. 1207; Mauro Cappelletti, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado,” *Revista de la Facultad de Derecho de México* 61, 1966, p. 28; Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Allan R. Brewer-Carías, *Études de droit public comparé*, Bruylant, Brussels 2000, pp. 653 ff.

- 8 See, e.g., Lucio Pegoraro, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos,” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico City 2004, pp. 131 ff.; Alfonse Celotto, “La justicia constitucional en el mundo: Formas y modalidades,” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico City 2004, pp. 3 ff.
- 9 See, e.g., Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Librería Bonomo Editrice, Bologna 2003, pp. 40 ff.
- 10 On the effort to establish a new basis for new distinctions, see Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, Presses Universitaires de France, 1986; Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris 1996; D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris 1998.
- 11 See Francisco Fernández Segado, “La obsolescencia de la bipolaridad ‘modelo Americano-modelo europeo-kelseniano’ como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa,” in *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*, Ed. Dykinson, Madrid 2009, vol. 1, pp. 129–220; Guillaume Tusseau, *Contre les “modèles” de justice constitutionnelle: Essai de critique méthodologique*, Bononia University Press, Università di Bologna, Bologna 2009 (bilingual French-Italian edition); Guillaume Tusseau, “Regard critique sur les outils méthodologique du comparatisme. L’exemple des modèles de justice constitutionnelle,” *IUSTEL: Revista General de Derecho Público Comparado*, n° 4, Madrid, January 2009, pp. 1–34.
- 12 In fact, what can be considered obsolete is the distinction that derives from an erroneous denomination that has been given to the two systems, particularly by many in Europe, contrasting the so-called American and European systems. This ignores that the “European system,” which cannot be reduced to the existence of a specialized Constitutional Court, was present in Latin America a few decades before its introduction in the Czechoslovak Constitution and that the “American system” is not

be considered valid, is established between, on the one hand, constitutional systems in which all courts are constitutional judges and have the power to review the constitutionality of legislation in decisions on particular cases and controversies, without such power necessarily being expressly established in the Constitution, and on the other hand, constitutional systems in which a constitutional jurisdiction is established assigning its exercise to a constitutional court, tribunal or council or to the supreme or high court or tribunal of the country, as the only court with jurisdictional power to annul statutes contrary to the Constitution – such courts or the assignment of power to them must be expressly provided for in the Constitution. This is the basic ground for the distinction that still exists in comparative law, even in countries where both systems function in parallel, as it happens in many Latin American countries.¹³ It is in this sense that this book refers to the concentrated system and the diffuse system of judicial review.¹⁴

In this sense, the concentrated system of judicial review, after being adopted since the nineteenth century in many Latin American countries, was adopted in Europe following Kelsen's ideas set forth in the 1920 constitutions of Czechoslovakia and Austria based on the principle of constitutional supremacy and its main guarantee, that is, the nullity and the annullability of statutes and other State acts with similar rank, when they are contrary to the Constitution. Given the general fear regarding the Judiciary and the prevailing principle of the sovereignty of parliaments, the system materialized through the creation of a special constitutional court established outside of the judicial branch of government with the power not only to declare the unconstitutionality of statutes that violate the Constitution but also to annul them with *erga omnes* effects, that is, to expel them from the legal order.

at all endemic to countries with common law systems, having been spread since the nineteenth century into countries with Roman law traditions. See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 2nd ed., Foundation Press/Thomson West, New York 2006, pp. 465 ff., 485 ff. Also, as has been pointed out by Francisco Rubio Llorente, it is impossible to talk about a European system, when within Europe there are more differences between the existing systems of judicial review than between any of them and the American system. See Francisco Rubio Llorente, "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa," in *Manuel Fraga: Homenaje académico*, Fundación Canovas del Castillo, Madrid 1997, vol. 2, p. 1416.

- 13 As is, for instance, the case of Brazil, Colombia, Dominican Republic, Ecuador, Guatemala, Mexico, Nicaragua, Peru, and Venezuela, as well as Portugal, and in a certain way Greece, and Canada. See Allan R. Brewer-Carías, "La jurisdicción constitucional en América Latina," in Domingo García Belaúnde and Francisco Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson S.L. (Madrid), Editorial Jurídica Venezolana (Caracas), Ediciones Jurídicas (Lima), Editorial Jurídica E. Esteva (Uruguay), Madrid 1997, pp. 117–161.
- 14 See Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 81 ff.

Kelsen's initial arguments were developed to confront the problems that such powers of judicial review in the hand of a new constitutional organ different from the Legislator could arise in Europe regarding the principle of separation of powers, and particularly its incidence in legislative functions. But the fact was that the system, by that time and without the need to create a separate constitutional court, was already in existence, with similar substantive trends in some Latin American countries such as Colombia and Venezuela, where the annulment powers regarding unconstitutional statutes had been granted since 1858 to supreme courts of justice.¹⁵

On the other hand, at the time when the concentrated system of judicial review was formulated in Europe, it contrasted sharply with the diffuse or decentralized system of judicial review that had developed in the United States since the 1808 Supreme Court case *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803), which beginning in the nineteenth century also spread to many Latin American countries, including Argentina, Brazil, Colombia, and Venezuela,¹⁶ and was adopted in some European countries, including Norway,¹⁷ Denmark, Sweden, and Greece.¹⁸

Summarizing, when Kelsen formulated his arguments in support of the concentrated system of judicial review in Europe, the same system had already existed for more than six decades in Latin America, and the diffuse system had existed for almost a century in North America and later also in Latin America and in some European countries.

But the fact is that it was through Kelsen's proposals and writings that judicial review developed in Europe, eventually contributing to end the principle of parliamentary sovereignty. Kelsen himself not only drafted the proposal to incorporate the new Constitutional Court in the 1920 Austrian Constitution but also was a distinguished member of that tribunal for many years, where he acted as its judge rapporteur. He was then key in implementing the concentrated system of judicial review that over the following decades, and particularly after World War II, developed throughout Europe. Even in France, with its traditional and initial a priori concentrated system of judicial review, the result of the jurisprudence of the Constitutional Council has been considered the "symbolic end of the sovereignty of

15 On the origins of the Colombian and Venezuelan systems, see Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1995. See Sandra Morelli, *Colombian National Report II*, p. 2.

16 See Allan R. Brewer-Carías, "La jurisdicción constitucional en América Latina," in Domingo García Belaúnde-Francisco Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson S.L. (Madrid), Editorial Jurídica Venezolana (Caracas), Ediciones Jurídicas (Lima), Editorial Jurídica E. Esteva (Uruguay), Madrid 1997, pp. 117–161.

17 See Eivind Amith, *Norway National Report*, p. 1.

18 See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, pp. 2–3.

the law,” given the current consideration of the law as “the expression of the general will within the respect of the Constitution.”¹⁹

The basic thoughts of Kelsen on the matter, as already mentioned, directed at non-German-speaking readers, were expressed in his 1928 article “The Jurisdictional Guarantee of the Constitution (Constitutional Justice),”²⁰ in which he considered the general problem of the legitimacy of the concentrated system of judicial review. In particular, he analyzed the compatibility of the system with the principle of separation of powers, based on the fact that an organ of the State other than the Legislator could annul statutes without the decision to do so ^{being} considered an invasion of the Legislator’s domain.

In this regard, after arguing that “to annul a statute[] is to establish a general norm, because the annulment of a statute has the same general character of its adoption,” and after considering that to annul a statute is “the same as to adopt it but with a negative sign, and consequently in itself, a legislative function,” Kelsen considered that the court that has the power to annul statutes is, consequently, “an organ of the Legislative branch.”²¹ Nonetheless, Kelsen finished by affirming that, although the “activity of the constitutional jurisdiction” is an “activity of the Negative Legislator,” this does not mean that the constitutional court exercises a “legislative function,” because that would be characterized by the “free creation” of norms. The free creation of norms, however, does not exist in the case of the annulment of statutes, which is a “jurisdictional function” that can only be “essentially accomplished in application of the norms of the Constitution,” that is, “absolutely determined in the Constitution.”²² His conclusion was that the constitutional jurisdiction accomplishes a “purely juridical mission, that of

19 See Bertrand Mathieu, *French National Report*, p. 5.

20 See Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle),” *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris 1928, pp. 197–257. See also Hans Kelsen, “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitutions,” *Journal of Politics* 4, n° 2, Southern Political Science Association, May 1942, pp 183-200; “El control de la constitucionalidad de las leyes: Estudio comparado de las Constituciones Austríacas y Norteamericana,” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 12, Editorial Porrúa, Mexico 2009, pp. 3-17; “Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine,” *Revue française de droit constitutionnel*, n° 1, Presses Universitaires de France, Paris 1999, pp. 17–30.

21 See Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2001, p. 54.

22 *Id.*, pp. 56–57. See Allan R. Brewer-Carías, *Études de droit public comparé*, Bruylant, Brussels 2003, p. 682.

interpreting the Constitution,” with the power to annul unconstitutional statutes the principal guarantee of the supremacy of the Constitution.²³

As I argued a few years ago, in fact, constitutional courts do not “repeal” a statute in annulling it, and the annulment they can pronounce is not based on discretionary powers but on constitutional and legal criteria, on the application of a superior rule, embodied in the Constitution. Thus, in no way do they exercise a legislative function. The function of a constitutional court, as argued by Kelsen, is thus jurisdictional; the same that is assigned to an ordinary court but characterized as a guarantee of the Constitution. And, if it is true that constitutional judges in many cases decide political issues when considering the constitutionality of legislative acts, they do so by legal methods and criteria, in a process initiated by a party with the required standing.²⁴ Only exceptional constitutional courts are authorized to initiate *ex officio* constitutional proceedings.

Eventually, Kelsen, in the same article, summarized the “result” of judicial review in the concentrated system, highlighting that, to guarantee the Constitution, it is indispensable for the unconstitutional statute to be annulled by a constitutional court ruling, that has as a matter of principle and in the interest of legal security, *ex nunc, pro futuro* effects (i.e., nonretroactive effects), a rule that nonetheless could be mitigated. Kelsen also considered that the annulment of a statute did not produce the rebirth of old statutes abrogated by the annulled one, a decision that nonetheless he considered could be assigned to the constitutional court, evidencing in such case the “legislative character” of its function.²⁵

My purpose in this study is to analyze in comparative law all those situations in which constitutional courts interfere not only with the Legislator and its legislative functions but also with the “constitutional legislator,” that is, with the Constituent Power,²⁶ by assuming, in one way or another, the role of positive legislators. For such purpose, I divide this general report into five chapters. The first analyzes the

23 See Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2001, p. 57.

24 See Allan R. Brewer-Carías, *Études de droit public comparé*, Bruylant, Brussels 2003, p. 685. See also A. Pérez Gordro, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Barcelona 1982, p. 41. See the comment of Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, pp. 4, 6.

25 See Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2001, pp. 82–86.

26 I will use the expression “Constituent Power” in order to refer to the will of the people (original constituent power) when approving a Constitution (for instance through a referendum), or to a Constituent Assembly when sanctioning a Constitution, or to any organs of the state with constitutional power to review or change the Constitution. See generally, Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid 2000; Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998.

general aspects of judicial review of the constitutionality of legislation exercised by constitutional courts, as well as the courts' relation with the Legislator. The second chapter examines cases in which the constitutional courts interfere with the Constituent Power, by enacting constitutional rules and even mutating²⁷ the Constitution. The third chapter explores the role of constitutional courts that interfere with the Legislator regarding existing legislation, assist the Legislator, complement statutes and add provisions to them through constitutional interpretation, and determine the temporal effects of legislation. The fourth chapter analyzes the role of constitutional courts that interfere with the Legislator regarding absolute and relative legislative omissions and, in some cases, act as provisional legislators. The fifth chapter discusses the role of constitutional courts as legislators on matters of judicial review.

CHAPTER I

JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION AND THE LEGISLATOR

I. THE SYSTEMS OF JUDICIAL REVIEW AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS

The result of Kelsen's proposals and their applications in Europe was the development of the concentrated system of judicial review, which attributed specially created constitutional bodies (constitutional courts, tribunals or councils) generally conceived of outside the Judiciary with the power to annul, with *erga omnes* effects, unconstitutional statutes –this was the initial pattern followed after World War II in Germany, Italy, France, Spain, and Portugal. The system developed as the result of a compromise between the need for a judicial review system derived from the notion of constitutional supremacy and the traditional European idea of the separation of powers, which had denied the courts any power to invalidate statutes.

But in spite of the importance of Kelsen's contributions, it is improper to identify the concentrated system of judicial review as a whole with a so-called "European model," because there are also concentrated systems of judicial review in

27 The expresión "constitutional mutation" is used in order to refer to the changes made to the content of a constitutional provision when without formally "reforming" its text, by means of a judicial interpretation it result with a different meaning. See Salvador O. Nava Gomar, "Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos," in Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación Constitucional*, vol. II, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. See also generally on the subject, Konrad Hesse, "Límites a la mutación constitucional," in *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, pp. 79–104; and Rogelia Calzada Conde, "Poder Constituyente y mutación constitucional: especial referencia a la interpretación judicial," in *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia/Secretaría General Técnica/Centro de Publicaciones, Madrid 1988, vol. 11., pp. 1.097–1.111.

which the exclusive and original jurisdiction to annul statutes, without the creation of a special court or tribunal, has fallen to the existing supreme courts of justice, located at the apex of the Judicial Power, as has been the case, since the nineteenth century, in many Latin American countries.²⁸ In addition, in many Latin American countries, the judicial review system has developed as a mixed system, combining the diffuse and the concentrated methods that function in parallel,²⁹ as is also the case in Portugal,³⁰ Greece,³¹ and Canada.³²

In addition, we must remind that before Kelsen's ideas took root in Europe, also since the nineteenth century, the other main system of judicial review, the diffuse or decentralized one, was developed in the United States because of the same principle of the supremacy of the Constitution. According to this diffuse system, all judges and courts are empowered to act as constitutional judges, in the sense that when applying the law, they are allowed to decide the law's constitutionality; therefore, they are empowered to decide not to apply a statute that they consider unconstitutional when deciding a particular judicial case or controversy, giving priority to the Constitution. In this system, the courts are empowered not to formally annul statutes with *erga omnes* effects but to only declare their unconstitutionality with *inter partes* effects.

Although the system was first implemented in the United States, and was followed in many common law countries, it cannot be considered a system peculiar

-
- 28 The "European model" is referred to the concentrated system of judicial review when the constitutional jurisdiction is assigned to a special constitutional court. Other countries without special constitutional courts also follow the concentrated system of judicial review by assigning the constitutional jurisdiction to existing supreme courts. In this sense, the concentrated system of judicial review has been adopted in Brazil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay, and Venezuela. But only in Bolivia, Colombia, Chile, Guatemala, Peru, and Ecuador is the constitutional jurisdiction assigned to special constitutional courts or tribunals. In the other countries, it is exercised by the existing supreme courts. Only in Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Panama, Paraguay, and Uruguay does the system remain exclusively concentrated. In the other countries it has been mixed with the diffuse system, functioning in parallel. See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; and Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009.
- 29 As in Brazil, Colombia, Dominican Republic, Guatemala, Mexico, Nicaragua, Peru, and Venezuela. See *Id.*
- 30 See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 1.
- 31 See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, pp. 6–7.
- 32 See Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 1.

to the common law system, and thus incompatible with the civil or Roman law tradition.³³ As mentioned already, it had existed and developed since the nineteenth century in parallel with the concentrated system in many Latin American countries,³⁴ all of them being part of the Roman law family of legal systems, as well as in some European countries.

In any case, an important aspect to bear in mind is that in diffuse systems of judicial review, when the final decision in a case reaches the supreme court or tribunal, according to the principle of *stare decisis*, the practical effects of the non-application of a statute declared unconstitutional are similar to the practical effects of its annulment, in the sense that even if the statute continues to appear in the books, in practice it is considered null and void.

In addition, even in countries with the diffuse system of judicial review that have not developed the *stare decisis* doctrine, the effects of the supreme court decisions on matters of judicial review are similar, because of the authority that the legal and judicial communities give to supreme court decisions. This is the case in the Netherlands,³⁵ and also the case in Argentina, where the Supreme Court, since its early decisions, has progressively imposed the doctrine of *stare decisis*.³⁶ It has been considered as a *de facto stare decisis* doctrine³⁷ regarding the interpretation of the Constitution and of federal laws, which aims to provide litigants with some degree of certainty as to how the law must be interpreted, a requirement the court finds embedded in the due process clause of the Constitution. In the Argentine *García Aguilera* case decided in 1870, barely eight years after the court's establishment, the Supreme Court held, in a since then oft-repeated statement, that "lower courts are

33 See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 2nd ed., Foundation Press and Thomson West 2006, pp. 465 ff., 485 ff.

34 The diffuse system of judicial review has been adopted in Argentina, Brazil, Colombia, Dominican Republic, Guatemala, Mexico, Nicaragua, Peru, and Venezuela. Only in Argentina does it remain exclusively diffuse. In the other countries, the diffuse system is combined with the concentrated one. See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; and *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York 2009.

35 See J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 18.

36 Néstor P. Sagües has called this "Argentinean *stare decisis*." See Néstor P. Sagües, "Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, pp. 345–347; *Argentinean National Report II*, p. 3.

37 See Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 3.

required to adjust their proceedings and decisions to those of the Supreme Court in similar cases,³⁸ from which they can depart only if they give “valid motives.”³⁹

In all the systems of judicial review – whether concentrated or diffuse, hybrid or mixed – what is clear is that the main role of constitutional courts is to interpret and apply the Constitution to test the constitutionality of statutes and thus preserve the Constitution’s supremacy. Thus, constitutional courts are always subordinate to a constitution, not having in principle any power to modify or mutate it or to usurp powers assigned to other State organs. Their essential function is to guarantee the supremacy and integrity of the Constitution by declaring unconstitutional or annulling State acts that violate it, all while being obliged to obey the Constitution by exercising the powers expressly attributed to them in it. Constitutional courts, therefore, are not allowed to assume constituent powers (e.g., issuing decisions that illegitimately modify or mutate the Constitution) or to usurp powers attributed to other constituted powers or organs of the State, like the Executive or the Legislative branches. The contrary is to be considered as a case of the pathology of judicial review.

Regarding other key principles, in general terms, in the exercise of their functions, constitutional courts do so in the course of judicial processes normally initiated by an interested party with due standing in cases or controversies. In the diffuse system it must be a party to the particular case or process, and in the concentrated system it must be a petitioner with a specific interest to file direct actions on the unconstitutionality of statutes before constitutional courts.⁴⁰ As mentioned by Zdenek Kühn, in reference to the Constitutional Court of the Czech Republic, “unlike its short-lived federal predecessor (the Constitutional Court of Czechoslovakia) the Czech Constitutional Court does not have the power to provide generally binding interpretation of the Constitution which would have no connection to either abstract constitutional review or constitutional complaint.”⁴¹

So even in cases of constitutional courts with express constitutional powers to interpret in an abstract way the Constitution, that is, without any reference to a particular action, omission, or decision of a State body, a factual dispute must always exist, for example between two constitutional bodies regarding the interpretation of the Constitution. This is, for instance, the case of Slovakia, where article 128 of the Constitution expressly states that “the Constitutional Court shall give an interpretation of the Constitution or constitutional law if the matter is disputable.” The same Constitutional Court of Slovakia has stated that the “Constitutional Court does not decide if the state bodies did break the Constitution

38 Fallos 9:53 (1870), in Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 4 (footnote 11).

39 See Néstor P. Sagües, *Argentinean National Report II*, p. 3.

40 See generally Richard S. Kay (ed.), *Standing to Raise Constitutional Issues: Comparative Perspectives*, XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Académie Internationale de Droit Comparé, Brisbane 2002, Bruylant, Brussels 2005.

41 See Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 2.

by the wrong interpretation” or decide on the constitutionality “of the action, omission or decision of state body, which led to origination of the dispute. The court only provides the interpretation of the disputed part of a constitutional statute.”⁴²

In Slovakia, petitions for the abstract interpretation of the Constitution can be filed only by some public officials or State bodies⁴³ and, as mentioned, when a dispute occurs between two State bodies standing against each other with different opinions on the interpretation of a constitutional provision.⁴⁴ As a result of the exercise of this competency, the decisions of the Constitutional Court of Slovakia directly complement the normative text of the Constitution, its wording having identical legal power and binding effect as the text of the Constitution itself.⁴⁵ This power of judicial review has been used especially since 1993, after the establishment of the Slovak Republic, having an important influence on the shaping of constitutional order of the new State, for instance in matters related to the position and authority of the President of the Slovak Republic.

In Canada, the Constitution can also be interpreted by constitutional courts in an abstract way, without the need for any live cases and controversies. An important feature of the Canadian system of judicial review, is the statutory powers of the federal government to refer abstract legal and constitutional questions to the Supreme Court on a “reference procedure” including those involving the constitutionality of legislation. It has been through this reference procedure that the courts have developed the most important roles as positive legislators, in some cases mutating the Constitution.⁴⁶

A deformation of this possibility of a constitutional court to interpret with binding effects a constitution in an abstract way, that is, without any particular case or dispute involved, at the request of the government or at the request of any individual, has been developed by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela, without any constitutional or legal support. The Chamber, in effect, has “created” a “recourse for the abstract interpretation of the Constitution,” whose indiscriminate use has had catastrophic consequences for democracy, given

42 The Court has also said: “It follows that the decisions on interpretation of the Constitutional Court of the Slovak Republic does not have and can not have any legal effects in connection with actions, omissions or decisions of state bodies that led to origination of the dispute alike in the cases of proceeding according to art. 125a and art. 152 of the Constitution.” See Decision n° II. ÚS 69/99. See Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovakian National Report*, p. 3 (footnote 2).

43 By at least one-fifth of the Members of the National Council of the Slovak Republic, the President of the Slovak Republic, the Government of the Slovak Republic, a court, the Attorney General, or the Public Defender of Rights.

44 “Constitutionally relevant dispute on interpretation of the constitution is a dispute on rights or duties between bodies of the state which have such rights and duties prescribed in the constitution.” See Decision n° I. ÚS 30/97. See Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovakian National Report*, p. 3 (footnote 3)

45 See Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovakian National Report*, p. 3.

46 See Kent Roach, *Canadian National Report*, pp. 1, 9.

way to an institutional path contrary to democracy and the rule of law.⁴⁷ The result has been the reinforcement of an authoritarian government that has developed over the past decade despite its initial electoral origin (1998).⁴⁸ This deformation of judicial review powers is also a case of the pathology of judicial review.

In other cases, as an exception to the rule of standing, in some cases constitutional courts can issue rulings also for the abstract interpretation of the Constitution by acting *motu proprio*, that is, without the request of any specific party, whether an individual or a State entity. This is the case, for instance, of the Constitutional Courts in Croatia and in Serbia. In Croatia, the Constitutional Court has cautiously avoided using this power, showing a considerable measure of deference, except in cases where an obviously unconstitutional act has unconstitutionally regulated the Constitutional Court itself.⁴⁹ In the case of Serbia, in contrast, the Constitutional Court has often initiated proceedings *ex officio* to assess the constitutionality of statutes, which in practice blurs the difference between requests for judicial review filed by authorities (initiatives) having the needed standing. In addition, when the Court declines to start a procedure on an initiative, it usually states its opinion on the constitutionality of the challenged act. Only when it rejects an initiative for formal reasons does the court does not assess the constitutionality of the act in the reasoning of the decision. However, the court can, in any case, put the proceeding in motion independently, even when the initiative has been filed having formal inaccuracies.⁵⁰

In other cases, as in Venezuela, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal has also assumed *ex officio* judicial review powers but in this case without any constitutional or legal authorization, in what can also be considered a case of the pathology of judicial review.⁵¹

47 See generally Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla,” in *Renouveau du droit constitutionnel*. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu, Paris 2007, pp. 61–70; Brewer-Carías, *Crónica de la “in” justicia constitucional: La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

48 See generally Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010; Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999–2009),” in *Revista de Administración Pública*, n° 180, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2009, pp. 383–418.

49 See Decision n° U-I-39/2002, *Official Gazette Narodne novine*, n° 10/2002; Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, p. 7.

50 See Boško Tripković, *Serbian National Report*, p. 6.

51 See Allan R. Brewer-Carías, “Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela,” *Estudios Constitucionales: Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales* 4, n° 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221–250.

The general principle in any case is that, in general terms, in exercising judicial review, constitutional courts do not act as advisory institutions, without the request of a particular party based on a particular interest, even if the action of unconstitutionality is conceived as an *actio popularis*, that is, a popular action that can be filed by any citizen. In Australia, for example, the High Court held in 1921:

“The Parliament could not confer on a court jurisdiction to give advisory opinions even when such opinions were confined to the validity of enacted legislation and when the determination of the court was “final and conclusive.” Under such an arrangement there was no “matter” within the meaning of the Constitution, because there was no “immediate right, duty or liability to be established by the determination of the Court,” which would be obliged to make a “declaration of the law, divorced from any attempt to administer that law.”⁵²

Also in Hungary, in the early phase of court operations, the Constitutional Court declared that it did not undertake answering hypothetical constitutional questions, and in several decisions, it entered to consider how abstract the question raised was. On the one hand, the Court, interpreting its competence narrowly, requires necessary closeness between the statement of facts and the related provision of the Constitution, and it provides interpretation of the Constitution only to resolve a “particular constitutional problem.”⁵³ On the other hand, the Court demands certain distance; it requires that the issue not be closely related to the case and that the decision not become factual,⁵⁴ because the Court is not a counsel but the judge of Parliament.⁵⁵

II. CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND CONTROL OF CONVENTIONALITY

In democratic regimes, all judicial review methods have as their main purpose the guarantee of the supremacy of the Constitution. Consequently, when constitutional courts exercise judicial review, they have the task of comparing statutes or primary legislation with the provisions of the Constitution. That is why

52 See *In re Judiciary and Navigation Acts (Advisory Opinions case)* (1921) 29 CLR 257; Cheryl Saunders, *Australian National Report*, p. 4.

53 The Court refused to make a statement about the possibility of raising interest rates on housing loans, because it would have meant interpreting the “constitutional provision in some abstract way unrelated to any individual problem, or . . . a possibility for unbound interpretation.” See Decision n° 31/1990, in Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 7 (footnote 24).

54 Upon this, the Court did not interpret whether the petition for the dismissal of the director of public radio can be considered to violate freedom of the press; it could have given, therefore, a statement-of-fact answer for the dispute of the Prime Minister and the President of the Republic. See Decision n° 36/1992, in Lóránt Csink, Józef Petrétei and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 7 (footnote 26).

55 See Decision n° 16/1991, in Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 7.

judicial review is, fundamentally, a constitutional control of legislation or the exercise of judicial control over the constitutionality of legislation.

Nonetheless, the constitutions of many countries, by giving constitutional or supralegal rank to international treaties, also allow the courts, within their constitutional functions of judicial review, the possibility of exercising what can be called “control of conventionality” of statutes, in the sense of guaranteeing the subjection of primary legislation to international conventions, particularly on matters of human rights.⁵⁶ This is the case, for instance, in Argentina and Venezuela, where international treaties on human rights have been given constitutional hierarchy, that is, the same rank as constitutional provisions.⁵⁷

In Argentina, even before the 1994 constitutional reform that formally gave “constitutional hierarchy” to a series of enumerated international documents, particularly on matters of human rights (article 75.22), the Supreme Court in *Ekmekdjian v. Sofovich* (1992),⁵⁸ on the right to correction (rectification) and response regarding published information, recognized that international treaties have precedence over internal legislation. Decisions in this vein multiplied after the 1994 constitutional reform in which the Court held that constitutional review includes, as well, comparing internal laws and regulations with international conventions, with the power to declare such laws “unconventional,”⁵⁹ that is, contrary to an international convention. In this regard, for instance, the Court compared the provision of the American Convention on Human Rights that guarantees the right to appeal before a superior court as one of the due process rules (article 8.2.h), with provisions of the Argentine criminal legal system that, in some cases, establish a single-instance trial by limiting review of the judgment before the Penal Cassation Court. Consequently, the Supreme Court in the *Casal* case (2005) held that the only

56 See, e.g., Ernesto Rey Cantor, *El control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Editorial Porrúa, Mexico City 2008; Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos),” in *Estudios Constitucionales* 7, n° 2, Santiago de Chile 2009, pp. 109–128; Fernando Silva García, “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre derechos humanos,” in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 5, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico City 2006, pp. 231 ff; Víctor Bazán, “Corte Interamericana de derechos humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico,” in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n°. 16/2, 2010, pp. 15–44.

57 See Allan R. Brewer-Carías, “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno,” in *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 46, San José, Costa Rica, 2007, pp. 219–271.

58 See Fallos 315:1492 (1992). See Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 14 (footnote 55). See Néstor Pedro Sagües, *Argentinean National Report II*, p. 19.

59 See Mazzeo, Fallos 330 (2007). See Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 14 (footnote 57).

way to square the requirement established in the American Convention with the Argentine criminal legal system was to interpret article 456 of the Criminal Procedural Code as allowing an ample review of the prior ruling.⁶⁰

In Venezuela, all international treaties on human rights have the same constitutional hierarchy as the Constitution (article 23) and even prevail in application over the same Constitution if those treaties establish more favorable provisions for the exercise of individual rights. Thus, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, during the first years of enforcement of the 1999 Constitution, on many occasions annulled statutes because they were contrary to the American Convention on Human Rights, for instance on matters of the right to political participation and the right to appeal before a superior court in all judicial processes.⁶¹ Unfortunately, this constitutional provision of article 23 of the Constitution, in more recent years, has been illegitimately mutated by the same Constitutional Chamber, adopting at the request of the Attorney General, denying the general power of all court to give preference to international treaties on human rights over internal law, and even deciding in 2008 that the rulings of the Inter-American Court on Human Rights are non-executable in the country.⁶²

In effect, in Decision No. 1.939 of December 18, 2008, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, in deciding a recourse of interpretation of a decision adopted by the Inter-American Court on Human Rights filed by the Attorney General, rejected the general prevalence of international treaties on human rights regarding internal law, except only when the matter is decided by the Chamber itself.⁶³ On the other hand, the constitutional rank of international treaties on human rights was proposed to be eliminated in a draft constitutional reform

60 Fallos, 328:3399 (2005). See Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 14 (footnote 59).

61 See Decision n° 87 of March 13, 2000. “*C. A. Electricidad del Centro (Elecentro) v. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia)* case,” in *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 157 ff. See Carlos Ayala Corao, “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos,” in *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Estudios en Homenaje al Profesor Antonio Augusto Cancado Trindade*, vol. 5, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brazil, 2005.

62 See Decision n° 1.939 of December 18, 2008, *Attorney General Office* case, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>. See comments in Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” in Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan, and Mariela Morales Antonorzi (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661–701.

63 See the case *Gustavo Alvarez Arias*, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>.

proposal made by a Presidential Council designed by the President in 2007.⁶⁴ Eventually, the proposal was not included in the constitutional reform submitted to popular vote, which that year was rejected by the people. However, what the authoritarian regime was not able to attain through a constitutional reform, in a certain way was carried out by the Constitutional Chamber of the Supreme Court.⁶⁵

As mentioned before, in the same decision, and contrary to the express provision of the same article 23 of the Constitution that established the “direct and immediate application by the courts and other bodies of the State” of human rights treaties, the Constitutional Chamber decided to reserve to itself the power to determine which provisions of treaties would prevail in the internal legal order.⁶⁶ With this unconstitutional decision, the Constitutional Chamber illegitimately mutated the Constitution: according to article 23, the authority to apply international treaties on human rights corresponds not only to the Constitutional Chamber but also to all the courts of the Republic when acting as constitutional judges, for instance, when exercising the diffused control of the constitutionality of statutes or when deciding cases of amparo. The intention of the Constitutional Chamber to reserve for itself this aspect of judicial review is not in accordance to the Constitution and to the judicial review system it establishes.

In any case and referring to the same sort of control of “conventionality” of statutes in democratic countries, this control has developed in all European countries where European Union law, and particularly the European Convention of Human Rights, have prevalence over national law.⁶⁷ In particular, the case of the Netherlands must be highlighted. There, as no judicial review of the constitutionality of statutes is allowed in the Constitution, judicial review has developed only as a

64 See Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “Modificaciones propuestas.” The complete text was published as *Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela*, Editorial Atenea, Caracas, July 1, 2007.

65 See Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución. Venezuela 1999–2009*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp 249–261.

66 See *Revista de Derecho Público*, n° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 135 ff.

67 In the case of Poland, as mentioned by Marek Safjan, “The national court, denying application of a national norm which is contradictory to the European law or interpreting creatively a national norm in the spirit of a European norm de facto applies in the legal system a new, earlier non-existent, norm, thus becoming in a way a positive legislator on the level of a specific case.” See Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 16. Also in Slovakia, according to article 154c of the Constitution, having international treaties, particularly the European Convention of Human Rights, precedence over laws, the courts (including the Constitutional Court) exercise control of conventionality, by giving preference to convention. See Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovak National Report*, pp. 11, 12.

control of the “conventionality” of such statutes to ensure their subjection to international conventions, specifically on matters of human rights.

In effect, according to article 120 of the Dutch Constitution, “The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts,” which means that judicial review of primary legislation is prohibited, the courts being banned not only from determining the unconstitutionality of statutes but also from declaring them incompatible with the Kingdom Charter.⁶⁸ Nonetheless, article 94 of the same Constitution establishes that “Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions,” thus leading to the very important development of the system of judicial review of “conventionality” of statutes, particularly on matters of human rights.

Thus, the Dutch system is referred to as a system of “constitutional fundamental rights review by the judiciary” or as “fundamental rights review of parliamentary legislation,” that is, regarding the powers of the courts and particularly of the Hoge Raad (High Court) to review acts of Parliament for their compliance with convention rights if the treaty is ratified and insofar as the individual provisions are self-executing.⁶⁹ This means that, in the Netherlands, statutes can be reviewed by the courts for their consistency with the written provisions of international law, particularly the UN International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights), which has become the most important civil rights charter for the Netherlands.⁷⁰

Such judicial review has also developed regarding European Union law, which also contains provisions on fundamental rights, in the sense that, because international treaties have precedence over national law, the courts must examine whether national law is compatible with the law of the European Union and, if necessary, either construe national law consistently with European Union law or set it aside if such an interpretation proves impossible under national constitutional law.⁷¹

In Greece, although the Constitution has no explicit provision for the control of the conventionality of statutes, the courts have held that international treaties have supralegislative status (article 28.1 of the Constitution), which is sufficient basis to exercise control of conventionality if the treaty in question is self-executing, such as the European Convention on Human Rights. In the same sense of the control of constitutionality, if Greek courts find that a statutory provision is inconsistent with international law, that provision cannot be applied in the pending case.

68 See J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, *Dutch National Report*, pp. 2, 5.

69 *Id.*, pp. 1, 2, 9, 12, 22.

70 *Id.*, p. 7.

71 *Id.*, pp. 2, 31, 32.

However, unconventional legislation remains in effect and thus can be applied in a future occasion.⁷²

The situation in the United Kingdom must also be mentioned. The British Constitution is not a single and overarching written document like the constitutions of other contemporary democratic states. In addition, it is not possible in principle to formally distinguish a constitutional statute from an ordinary statute. Nonetheless, the British Constitution undoubtedly exists, and it is possible to attach the label “constitutional” to some legal⁷³ and nonlegal rules,⁷⁴ called “conventions of the Constitution,” which are considered binding rules of political morality and called the “common law constitution,” as a set of legal principles and rules that have been laid down over time, typically by judges.⁷⁵ It is possible, therefore, to identify a judicial process of controlling the subjection of statutes to these conventions, which can be called “constitutional review.”⁷⁶ As it has been summarized by John Bell:

“Britain has neither “specific constitutional or statutory provisions that empower constitutional judges, by means of interpreting the Constitution, to adopt obligatory decisions on constitutional matters” nor specific decisions on constitutional matters. But this would be too simplistic an approach. The nature of a common law constitution is that the basic “rules of recognition” (H. L. A. Hart) are not contained in statute but are in the common law. The principles are rather like the “fundamental principles recognized by the laws of the Republic” in French law, which are not laid down by statute, but which are judicially identified, even if formally not created by judges. There do arise a number of issues on which ordinary judges have to take decisions which are binding and which could be characterized as constitutional.”⁷⁷

In this respect, regarding the conventions to the British Constitution, it is also possible to call this process of constitutional review – of course, in its own historical context – a judicial control of conventionality.

But in other constitutional matters, given the recent evolution of the British Constitution by the creation of a Supreme Court in 2009, it is also possible to distinguish constitutional review powers exercised by the courts. This is the case on matters of devolution, regarding the control of the validity of the legislation of the three devolved assemblies (Wales, Scotland, and Northern Ireland) that can be

72 See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 10.

73 An example is the agreement reached by the Prime Ministers of the British Empire in 1931 for the U.K. Parliament to not legislate for Dominions without consent of their parliaments. See John Bell, *British National Report*, p. 1.

74 One example is the Nolan principles (1995), which govern standards in public life and introduce a set of values governing the holders of a range of public offices. See John Bell, *British National Report*, p. 2.

75 See John Bell, *British National Report*, p. 1.

76 *Id.*, p. 2.

77 *Id.*, p. 3.

referred to the Supreme Court by the British Secretary of State, the British Attorney General, or the national Attorneys General (or equivalent), or by the national courts before which the issue is raised.⁷⁸

But the most important recent developments in the United Kingdom on matters of constitutional review have been regarding the compatibility of British statutes with European Union law, that is, on matters of control of conventionality. An example is the matter decided on the compatibility of a British statute concerning the limits for fishing with European Union law, which was raised and decided by the lowest tier of criminal law courts, the Magistrates' Court.⁷⁹ But most important in this process of developing constitutional review in the United Kingdom is the example of the protection and interpretation of human rights, particularly after the Human Rights Act was passed in 1998 to implement the European Convention on Human Rights.

The Act is considered by John Bell as a major “constitutional statute on fundamental rights” and can lead “to either the narrowing of the scope of legislation by means of an interpretation, which makes the statute compatible with the Convention, or a declaration of incompatibility, which empowers a minister to amend or repeal an incompatible statutory provision.”⁸⁰ In addition, the question concerning the compatibility of British law with EU law can be raised before the British courts, and if the matter does not give rise to a serious difficulty in interpretation, the courts can apply European law directly and refuse to apply a British statute.⁸¹ Compatibility with EU law is the only area in which British judges have the power to strike down legislation of Parliament, an approach that was definitively adopted after the European Court of Justice specifically stated that the British courts ought not to apply a British act of Parliament that was incompatible with European legislation.⁸²

In any case, the court's decision in these cases does not annul an act of Parliament. As expressed by John Bell:

“The Government has to decide whether to propose an amendment of the law to bring it into line with the Convention or to take other action to maintain the incompatibility, e.g. by registering a formal derogation from the Convention. This is the nearest that English judges come to a constitutional review.”⁸³

78 Id., p. 2.

79 Id., p. 3.

80 See N. Bamforth, “Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act 1998,” in [1998] *Public Law* 572. See John Bell, *British National Report*, p. 3.

81 Case 283/81, *Srl CILFIT v. Minister of Health*, [1982] ECR 3415. See John Bell, *British National Report*, p. 3 (footnote 14).

82 See *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.*, [1990] 2 AC 85; *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd* (n° 2), [1991] 1 AC 603; *R v. Secretary of State for Employment, ex parte Equal Opportunities Commission*, [1995] 1 AC 1. See John Bell, *British National Report*, p. 3 (footnotes 15–16).

83 See John Bell, *British National Report*, p. 3.

As Lord Bingham highlighted in the case *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department*:

“The effect is not, of course, to override the sovereign legislative authority of the Queen in Parliament, since if primary legislation is declared to be incompatible the validity of the legislation is unaffected (section 4(6)) and the remedy lies with the appropriate minister (section 10), who is answerable to Parliament.”⁸⁴

This case of the House of Lords was issued to decide the challenge filed by a number of individuals regarding their detention without trial on the basis of them being a danger to national security, according to the Anti-Terrorism, Crime, and Security Act of 2001. The House of Lords declared the corresponding provision incompatible with articles 5 and 14 of the European Convention.

This control of “conventionality” of statutes, therefore, as is the case in the Netherlands, is the most common constitutional review procedure in the United Kingdom; it has been applied in numerous cases and is considered the most significant constitutional function that the new Supreme Court will have in the future.⁸⁵

In Sweden, there is a very weak diffuse method of judicial review that has developed after the constitutional reform of 1979, which established the power of judicial review only when Parliament has issued an unconstitutional statute due to a “manifest error.”⁸⁶

It has only been after the beginning of the Europeanization of Swedish law in the late 1990s that some sort of judicial review has been developed, mainly as a result of the progressive subordination of Swedish law to European law and particularly to the European Convention on Human Rights. Consequently, the most important cases of judicial review have been cases of control of conventionality decided by the courts, which have compared national legislation with the provisions of the European Convention on Human Rights.⁸⁷

Finally, also regarding the control of conventionality of statutes, the situation of France must be highlighted. In France, the *Cour de Cassation* and the *Conseil d'État* have developed control of conventionality of statutes besides and in parallel to the traditional a priori judicial review power of legislation exercised by the Constitutional Council. As it has been summarized by Bertrand Mathieu, it has been due to the requirements imposed by international law, particularly by European

84 See [2004] HL 56. See John Bell, *British National Report*, p. 5 (footnote 25).

85 See John Bell, *British National Report*, p. 6.

86 Chapter 11, article 14 of the Instrument of Government. See Joakim Nergelius, *Swedish National Report*, pp. 17–18.

87 See *Lassagard* case, Administrative Court of Appeal of Jönköping, 1996, which declared that the absence of judicial review in the particular case (agricultural subsidy) was contrary to article 6 of the ECHR; see also *Lundgren* case, Supreme Court, 2005, in which the extension of a criminal judicial procedure was also considered contrary to article 6 of the ECHR. See Joakim Nergelius, *Swedish National Report*, pp. 21–29.

Union law and the law of the European Convention on Human Rights that, first, the Cour de Cassation and, later, the *Conseil d'État*, have proceeded to reject the application of laws deemed *inconventionnelles*, that is, contrary to the conventions. The jurisprudence in such cases have been constructed not only on the basis of article 55 of the Constitution, which assigns the treaties or international agreements regularly ratified or approved superior authority regarding the laws, but also because of the refusal of the *Conseil Constitutionnel* to examine the *conventionnalité de la loi* in accordance with its attributions on matters of control of the constitutionality of statutes.

The consequence of this situation on matters of judicial review has been a clear division of tasks: the control of the constitutionality of laws in an abstract and a priori way is exercised by the *Conseil Constitutionnel* when requested by political authorities, and the control of conventionality of laws is exercised by the ordinary judicial or administrative judges, in specific cases and controversies, particularly regarding fundamental rights and freedoms, which the *Conseil Constitutionnel* has refused to examine. On this situation, Bertrand Mathieu has referred to the paradox that exists in France between the traditional theory and platonic assertion of constitutional preeminence, and the jurisdictional impotence regarding constitutional provisions.⁸⁸

III. THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION AND THE INFLUENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURTS ON CONSTITUTIONAL AND LEGAL REFORMS

The main tool of constitutional courts is the power to interpret the Constitution to ensure its application, enforceability, and supremacy by adapting the Constitution when changes and time require such task but without assuming the role of a constituent power or of the Legislator – they cannot on a discretionary political basis create legal norms or provisions that cannot be deducted from the Constitution itself.⁸⁹

That is why, as a matter of principle, constitutional courts are considered “negative legislators” particularly when deciding to annul statutes,⁹⁰ and they cannot act as “positive legislators” in the sense of creating ex novo pieces of legislation or introducing “reforms” to statutes. In the words of Laurence Claus and Richard S. Kay:

“We will treat judges as engaged in positive lawmaking when they originate a scheme of law as opposed to merely considering, revising or rejecting schemes conceived by other legislative actors” [or] “for a constitutional court to be

88 See Bertrand Mathieu, *French National Report*, p. 3.

89 See Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley, Lima 2009, pp. 56, 68.

90 In this sense, in some countries, as in Chile, it has been said that the Constitutional Tribunal can act only as negative legislator. See Francisco Zúñiga Urbina, “Control de constitucionalidad y sentencia,” in *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n° 34, Santiago de Chile 2006, pp. 107, 109.

positive lawmaker under this terminology would involve the court in considering, propounding, and creating a scheme of regulation of its own conception.”⁹¹

That is, constitutional courts cannot innovate in the legal order in a discretionary way, as they do not have the authority to create new law.⁹² As the Federal Supreme Tribunal of Brazil has explained with respect to its decisions that annul statutes:

“The Federal Supreme Tribunal, when exercising the abstract judicial review of objective law positivized in the Constitution of the Republic, act as a virtual Negative Legislator, so its declaration of unconstitutionality comprise an exclusion judgment of control that, based on the attributions assigned to the Tribunal, consists in removing from the positive legal order, the State invalid expression non conformed with the model included in the Constitution of the Republic.”⁹³

In another case, the same Brazilian Federal Supreme Tribunal, in reviewing Law N° 9.504/97 on the free use of television and radio programs by political parties challenged because considered contrary to the principle of equality, argued:

“The declaration of unconstitutionality in the way it was requested, would modify the system of the law, altering it sense, which is a legal impossibility, because the Judicial Power, when controlling the constitutionality of normative acts, only acts as negative legislator and not as positive legislator.”⁹⁴

The consequence of this classical approach is that, constitutional courts being negative legislators, the direct effect of the constitutional courts’ decisions excluding from the legal order pieces of legislation, is that the Legislator, in response, very frequently decides to reform the legislation or to enact a new piece of legislation, to comply with the constitutional court criteria.⁹⁵ Also, constitutional reforms have occurred after decisions adopted by constitutional courts to follow the doctrine they established.

91 See Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, pp. 3, 5.

92 See Luis Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do legislador positivo,” *Brazilian National Report III*, pp. 19–20; Néstor Pedro Sagües has mentioned that constitutional jurisdiction transforms itself into positive legislation, when it generates infraconstitutional provisions compatible with the Constitution, with the excuse of controlling the constitutionality of the legal order, in *Argentina National Report II*, p. 3.

93 STF, DJ, June 18, 1993, Rcl 385 QO/MA, Rel. Min. Celso de Mello, in Luis Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do legislador positivo,” *Brazilian National Report III*, p. 9.

94 See STF, DJ, December 10, 1999, ADI 1.822/DF, Rel. Min. Moreira Alves, in Luis Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do legislador positivo,” *Brazilian National Report III*, p. 15.

95 For instance, in the Netherlands, legislation was issued after the Dutch Citizenship case (Supreme Court judgment of October 12, 1984, NJ 1985/230). See J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 21.

For instance, in Argentina, Law No. 26,025 was passed to modify the rules applicable to the Supreme Court's appellate jurisdiction (article 117 of Constitution), after the Supreme Court ruled on the unconstitutionality of previous legislation that provided that all cases ordering the government to pay social security benefits were to be appealed before the Supreme Court. Because the rule actually delayed the payment of pensions to elderly people, in *Itzcovich* case (Fallos 2005), the Court declared that the appeal procedure had become unconstitutional in that it affected petitioner's right to a speedy trial.⁹⁶

Something similar happened on matters of marriage law. Although the Argentinean Constitution recognizes the right to marriage, the Civil Code established that divorce did not entail the right to a new marriage, a clause whose constitutionality the courts upheld several times. However, in 1986, the Supreme Court applied what was called a "dynamic," or living constitution, approach considering in *Sejean* case⁹⁷ that changes to society's perception of a topic require giving new scope to the right to human dignity, and thus it declared unconstitutional the statute that had been in force for almost a century. This decision was the prelude to reforming the law of civil marriage, which, following the Supreme Court decision, allowed for the possibility of a subsequent marriage.⁹⁸

With respect to Portugal, as mentioned by Joaquim de Sousa Ribeiro, it is a fact that, "even though the Constitutional Court does not play a part in the law-making process, many amendments made to existing legislation are the result of its ruling, either to incorporate or to set aside the Court's ruling on the subject."⁹⁹

IV. THE QUESTION OF CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS

In any case, in the contemporary world, the truth is that judicial review has progressively evolved, surpassing the former rigid character of courts only being negative legislators,¹⁰⁰ as a result of the development of new principles that, at the time of Kelsen's proposals, were not on the agenda of constitutional courts and judges.¹⁰¹

96 See Fallos: 328:566 (2005). See Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, pp. 13–14 (footnote 54).

97 See Fallos 308:2268 (1986). See Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 15 (footnote 61).

98 See Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 5.

99 See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 9.

100 See Francisco Fernández Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas," *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 195.

101 That is why Francisco Javier Díaz Revorio, referring to the European system of judicial review has said, "We are debtors of Kelsen, but not 'slaves' of his ideas," in

That is why, for instance, in Brazil, the Federal Supreme Tribunal in some cases has considered the same notion of negative legislator that it defended in many previous decisions an “ancient dogma” and a “myth.”¹⁰²

Consequently, new principles have developed; for example, the principle of preservation of statutes, derived from the presumption of constitutionality they have, has empowered constitutional courts to interpret statutes according to or in harmony with the constitution,¹⁰³ in order to avoid any legislative vacuum, bypassing the need to declare statutes unconstitutional. This is today one of the main tools of constitutional courts when interpreting the constitution, which they have used in some cases, to fill permanently or temporarily the vacuums that annulling the statute could originate.

Another important role that has progressively developed during the past decades, far from the role of declaring null unconstitutional statutes, is the power of constitutional courts on matters of judicial review, not regarding existing legislation, but regarding the absence of statutes or the omissions or abstention incurred by the Legislator when sanctioning statutes.¹⁰⁴

That is, constitutional courts also control the omissions of the Legislators to produce the legislation that they have the constitutional obligation to sanction. These omissions can be absolute or relative, and judicial review, in both cases, has contributed to the development of new trends in the control of constitutionality of statutes, which converts constitutional courts into a sort of legislative assistant. Nonetheless, in some cases, where judicial review of legislative omissions is not effectively developed, control of those omissions is only possible in an indirect way, by claiming State liability for the absence of a legislative act.¹⁰⁵

In contrast, the same change of the scope of judicial review has occurred in diffuse or decentralized systems of judicial review, where, in practice, as was stated by Christopher Wolfe, supreme courts, “once a distinctively judicial power, essentially different from legislative power, [have] become merely another variant of legislative power”; considering that, although the Court had never proclaimed it, for the legal profession, “judicial review is an essentially legislative activity”; as

Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 305.

102 See Luis Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do legislador positivo,” *Brazilian National Report III*, p. 22.

103 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 288; See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 7.

104 These judicial review powers do not correspond with Kelsen’s pattern of judicial review as negative legislation. See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 278.

105 This is what has been envisaged in Greece. See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 5.

such, the controversy is “generally restricted to how this power should be employed, actively or with restraint.”¹⁰⁶

That is why it is sometimes difficult to understand, particularly for non-American lawyers, the exact extent of the expression that any nominee to the U.S. Supreme Court must repeat again and again before the Senate in confirmation hearings: “the task of a judge is not to make law; it is to apply the law.”¹⁰⁷ This approach has been considered a “myth” that, as it has been said by Geoffrey R. Stone, must be exposed before there can be a serious discussion about the proper role of U.S. judges:

“Faithfully applying our Constitution’s 18th- and 19th-century text to 21st-century problems requires not only careful attention to the text, fidelity to the framers’ goals and respect for precedents, but also awareness of the practical realities of the present. Only with such awareness can judges, in a constantly changing society, hope to keep faith with our highest law.

This does not mean judges are free to make up the law as they go along. But it does mean that constitutional law is not a mechanical exercise of just “applying the law.”¹⁰⁸

In any case, it is a fact in the contemporary world that constitutional courts have progressively assumed a more important role assisting the Legislator in its functions and even creating norms that they can deduct from the constitution.¹⁰⁹ In some cases, they are more than auxiliaries to the Legislator; they substitute for it, assuming the role of positive legislators by issuing temporary or provisional rules to be applied on specific matters.

This has occurred, for instance, in many cases by means of the application of the principle of progressiveness and the prevalence of fundamental rights, like the right to equality and nondiscrimination, in the interest of the protection of citizens’ rights and guarantees, in which cases the interference of the courts in the legislative function has been considered legitimate and according to the constitutional principles and values.

Nonetheless, the legislative agenda of constitutional courts has also included other areas of activism, sometimes with political purposes. For example, in many cases, as has been the case in the former Socialist countries of Eastern Europe, constitutional courts have had an important role implementing, developing, and

106 See Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books, New York 1986, p. 3; Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid 1991, p. 15.

107 This was what Judge Sonia Sotomayor said in the confirmation hearing before the Senate on July 13, 2009. See Peter Baker and Neil A. Lewis, “Sotomayor Vows ‘Fidelity to the Law’ as Hearings Start,” *New York Times*, July 14, 2009, p. A15.

108 See Geoffrey R. Stone, “Our Fill-in-the-Blank Constitution,” Op-Ed, *New York Times*, April 14, 2010, p. A27.

109 See Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales” in *Estudios Jurídicos*, vol. 1, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 489.

strengthening the Constitution, and particularly the newly established democratic regime and the rule of law principles.¹¹⁰

But in other countries, quite far from the protection of fundamental rights and the consolidation of democratic principles, the danger of constitutional courts encroaching on the legislative power to contribute to the dismantling of the principle of separation of powers is not just a “phantom,” as Hamilton pointed out in another context two centuries ago.¹¹¹ On the contrary, it has been a tragic reality, particularly in countries ruled by authoritarian governments. In some countries, constitutional courts have assumed with absolute impunity the task of supporting and legitimizing unconstitutional statutes and government acts, in many cases usurping the constituent and legislative powers, of course without any sort of argument to support the partisan judicial decisions taken supposedly in the best interest of the country or for the good of the nation.¹¹²

Worse, in those cases, it is not a matter of considering “the Judge as Legislator for Social Welfare,”¹¹³ as was the case in the United States at the beginning of the twentieth century, which Benjamin Cardozo considered a necessity,¹¹⁴ but a matter of the court being an instrument to support an authoritarian government,¹¹⁵ and even to restrict constitutional freedoms, which cannot be accepted. This happened, for instance, regarding freedom of expression in Venezuela, in 2001, when the

110 For instance, in the process of transformation of the former Socialist States into contemporary democratic States subjected to the rule of law. See, for instance, Marek Safjan, *Polish National Report*, pp. 7, 10; Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, pp. 18, 21, 28; Boško Tripković, *Serbian National Report*, pp. 1, 14.

111 He said in Paper n° 81 of *The Federalist*, “The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judiciary Authority,” that “It may in the last place be observed that the supposed danger of judiciary encroachments on the legislative authority, which has been upon many occasions reiterated, is in reality a phantom.” See Clinton Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, Penguin Books, New York 2003, pp. 483-484.

112 See Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books, New York 1986, p. 101; *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid 1991, p. 144.

113 Id. pp. 223 ff. and 305 ff.

114 Benjamin Cardozo recognized “without hesitation that judges must and do legislate,” though “only between gaps” of the law. See Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921, pp. 10, 113, 165. See the references in Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books, New York 1986, pp. 230, 231, 315, 316.

115 As it has been the case in Venezuela during the past years. See the comments on the most relevant Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal decision in Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de la “in” justicia constitucional: La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

constitutional court *ex officio* restricted the citizens' right to response and to rectification regarding the President of the Republic's media statements;¹¹⁶ and in 2008, when the same constitutional court decided to confiscate the assets of a private TV station.¹¹⁷

In any case, in all the countries that have developed systems to control the constitutionality of statutes, discussions have developed regarding the limits of judicial review, the extent of the effects of the constitutional courts, decisions, and the degree of interference allowed in constitutional states by constitutional courts regarding legislative functions. These discussions have always existed and will continue to exist. They began in all countries with the adoption of judicial review of legislation, and they will continue to exist with constitutional courts, which are the supreme interpreters of the Constitution and have the power to guarantee its supremacy, to interpret statutes according to the Constitution's provisions, to guarantee the enforcement of fundamental constitutional rights, and to resolve conflicts between the different constitutional organs of the State.

The fact is, at the beginning of the twenty-first century, that there is no doubt that constitutional courts are no longer confined to be negative legislators in the traditional way, because their role is no longer reduced when controlling the constitutionality of statutes, to declare their unconstitutionality, or to annul them when contrary to the Constitution. Constitutional courts have progressively assumed a more active role when reviewing legislative acts *vis-à-vis* the Constitution.

Nonetheless, what is essential to bear in mind even in cases of new roles and powers is that constitutional courts are, above all, subjected to the Constitution, and as such, they are constituted organs of the State.¹¹⁸ Thus, they are also subjected to the principle of separation of powers and consequently they are not legislators, as

116 See Decision n° 1013 of June 12, 2001, Elías Santana case. See <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1013-120601-00-2760%20.htm>. See the comments in Allan R. Brewer-Carías et al., *La libertad de expresión amenazada (Sentencia 1013)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas and San José 2001; "El juez constitucional vs. la libertad de expresión: La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional," in Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de la "in"justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas 2007, pp. 419–468. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 16–17.

117 See decision of the Constitutional Chamber n° 956 of May 25, 2007 in Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El caso RCTV," *Revista de Derecho Público*, n° 110, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 7-32.

118 As stated by the Constitutional Tribunal of Peru: "the fact of the Constitutional Tribunal being the supreme interpreter of the Constitution, does not change its character of constituted power, and as all of them, subjected to the limits established in the Constitution." Decision of February 2, 2006, STC 0030-2005. See Fernán Altuve Febres, *Peruvian National Report II*, pp. 27–28. See also Rubén Hernández Valle, *Costa Rican National Report*, p. 43.

the legislative function is assigned in the Constitution to the legislative body. They can assist the legislators in accomplishing their functions, but they cannot substitute for the legislators and enact legislation.¹¹⁹ The legislative organs of the States that are contemporary democracies, integrated by representatives elected by universal suffrage, are called to enact legislation through a constitutionally prescribed procedure and are subject to political accountability before the electors. This legislative framework of State action cannot be substituted for by constitutional courts' attempts to legislate in place of the legislators.¹²⁰ On the contrary, they risk being considered "illegitimate oligarchies."¹²¹

That is why, for instance, one can find declarations from constitutional courts themselves explaining their limits, as the Federal Supreme Tribunal of Brazil did in deciding a direct action of unconstitutionality involving article 45.1 of the Constitution, which established the integration of the House of Representatives. The Court said that the only organ that could establish the number of Federal Representatives for each of the Member States was the National Congress, through the corresponding legislation:

"The absence of a complementary law (*vacum juris*) that constitutes the necessary normative instrument cannot be filled by any other State act, specially one with jurisdictional character like this Court. The admission of such possibility would imply to transform the Federal Supreme Tribunal, when exercising the concentrated control of constitutionality, into a positive legislator, a role that the Court refuses itself to assume."¹²²

But in spite of this self-restraint approach, it is possible to find examples of such illegitimate oligarchies in other countries, like Venezuela, where the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal has attributed to itself a general power called normative jurisdiction, according to which:

119 See Humberto Nogueira Alcalá, "La sentencia constitucional en Chile: Aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 315.

120 As mentioned by Rubén Hernández Valle, "the activity of the courts is not to create law, but to interpret law. Consequently, Constitutional Courts cannot substitute the Legislator will, because constitutional interpretation, in spite of being conditioned by evident political components, is always juridical interpretation." See Rubén Hernández Valle, *Costa Rican National Report*, p. 42.

121 See P. Martens, "Les cours constitutionnelles: des oligarchies illicites?" in *La Republic des judges*, Actes du Colloque Organize par le Jeune Barreau de Liège le 7 Février 1997, pp. 53–72, quoted by Christian Behrendt, "L'activité du juge constitutionnel comme législateur-cadre positif," summary of the thesis published in *Revue Européenne de Droit Public*, 2010, p. 16.

122 See STF, DJ, May 19, 1995, ADI 267 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. See Luis Roberto Barroso et al., "Notas sobre a questão do legislador positivo," Brazilian National Report III, pp. 14. In another case, the Federal Supreme Tribunal reviewed the electoral law (Lei n° 9.504/97).

§ 7. CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS.
XVIII CONGRESS. WASHINGTON, 2010

“in specific cases where a constitutional infraction arises, the Chamber has exercised jurisdiction in a normative way, giving immediate enforcement to constitutional provisions, establishing its scope or ways of exercise, even in the absence of statutes directly developing them.”¹²³

It is true that this normative jurisdiction has been mainly used regarding programmatic constitutional provisions referring to fundamental rights, to allow their immediate enforcement, but unfortunately, it has also been used for other purposes by the authoritarian government that has existed in the country since 1999.¹²⁴ In any case, the Venezuelan Constitutional Chamber has based its normative jurisdiction on article 335 of the Constitution, which confers to it the role of guaranteeing the supremacy and effectiveness of constitutional provisions and principles and of issuing binding interpretations of the same, arguing that this provision of the Constitution:

“allows the normative jurisdiction particularly regarding programmatic provisions that exists in the Constitution, which would by timely suspended up to when the Legislator could be so kind to develop them, remaining in the meantime without effects.”¹²⁵

For such purpose of exercising its normative jurisdiction, which in its broader sense is an example of a case of the pathology of judicial review, the constitutional court in Venezuela has even rejected the general procedural law principle that requires the courts to act only at the request of a party with standing, assuming it *ex officio*, without any specific party request or judicial controversy developed on the deciding matter.¹²⁶

That is why, as with any power attributed to a State organ with no possibility of itself being controlled, judicial review can also be distorted and abused without any possibility for the citizens or other constitutional organs of the State to control their actions.

123 See Decision n° 1571 of August 22, 2001, case Asodeviprilara; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm>; Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 3.

124 See generally Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy: The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

125 See Decision n° 1571 of August 22, 2001, case Asodeviprilara; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm>; Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 3–4.

126 See Allan R. Brewer-Carías, “Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela,” *Estudios Constitucionales: Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales* 4, n° 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221–250; Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 4, 5, 22.

The main question that remains to be answered on this matter of abuse of constitutional jurisdiction remains, *Quis custodiet ipso custodiam?*¹²⁷ There is no answer, because there are no State organs that can control constitutional jurisdictions, nor can citizens by means of electoral processes.

Constitutional jurisdiction, therefore, is the only State organ not subjected to checks and balance or control, so the abuse of its functions are out of the reach of the enforcement of constitutional provisions. That is why George Jellinek said that the only guarantee regarding the guardian of the Constitution eventually lies in its “moral conscience”;¹²⁸ and Alexis de Tocqueville was accurate in his observations of the U.S. Federal Constitution:

“The peace, the prosperity, and the very existence of the Union are vested in the hands of the seven Federal judges. Without them the Constitution would be a dead letter. . . .

Not only must the Federal judges be good citizens, and men of that information and integrity which are indispensable to all magistrates, but they must be statesmen, wise to discern the signs of the times, not afraid to brave the obstacles that can be subdued, nor slow to turn away from the current when it threatens to sweep them off, and the supremacy of the Union and the obedience due to the laws along with them.

The President, who exercises a limited power, may err without causing great mischief in the state. Congress may decide amiss without destroying the Union, because the electoral body in which the Congress originates may cause it to retract its decision by changing its members. But if the Supreme Court is ever composed of imprudent or bad men, the Union may be plunged into anarchy or civil war.”¹²⁹

In the same sense, Alexander Hamilton, warned about the “authority of the proposed Supreme Court of the United States,” and particularly the following:

127 See Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley, Lima 2009, pp. 44, 47, 51; Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” *Revista de Derecho Público*, n° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7–27; *VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, September 2005, pp. 463–489.

128 See George Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Alfred Holder, Vienna 1885, quoted by Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 196.

129 See Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, ch. 8, “The Federal Constitution,” trans. Henry Reeve, revised and corrected, 1899, http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/1_ch08.htm See also Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley, Lima 2009, pp. 46–48.

“[Its] power of construing the laws according to the spirit of the Constitution, will enable that court to mould them into whatever shape it may think proper; especially as its decisions will not be in any manner subject to the revision or correction of the legislative body.”

He concluded:

“[T]he legislatures of the several States, can at any time rectify, by law, the exceptionable decisions of their respective courts. But the errors and usurpations of the Supreme Court of the United States will be uncontrollable and remediless.”¹³⁰

This is important to bear in mind, particularly in democratic regimes, where the conversion of constitutional courts into legislators violates the principle of separation of powers and transforms them into State organs not subject to political liability. In other words, the blurring of the limits between interpretation and normative jurisdiction “could transform the guardian of the Constitution into sovereign.”¹³¹

The truth is that, in many countries, given the political regime or the condition of the members of constitutional courts, the important instruments designed to guarantee the supremacy of the Constitution, the enforcement of fundamental rights, and the functioning of the democratic regime have been the most diabolical instruments of authoritarianism, legitimizing the actions contrary to the Constitution taken by the other branches of government,¹³² and sometimes on their own initiative by the obsequious servants of those in power.

These cases, of course, make a mockery of judicial review, because as Mauro Cappelletti affirmed a few decades ago, judicial review is incompatible with authoritarianism and not tolerated by authoritarian regimes that are enemies of freedom.¹³³ This illness of judicial review, that is also a case of the pathology of judicial review, occurs when constitutional courts, as docile instruments of governments, openly assume the role of the legislator, usurping its powers and

130 See Alexander Hamilton, n° 81 of *The Federalist*, “The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judiciary Authority”; Clinton Rossiter (Ed.), *The Federalist Papers*, Penguin Books, New York 2003, pp. 480. See also Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 10.

131 See Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 161.

132 See Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, LexisNexis, Buenos Aires 2006, p. 31.

133 See Mauro Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional,” *Revista Española de Derecho Constitucional* 6, n° 17, Madrid 1986, p. 17; Francisco Eguiguren and Liliana Salomé, *Peruvian National Report I*, p. 7.

functions or, even worse, assuming the role of the constituent power by mutating the Constitution in an illegitimate way.¹³⁴ Unfortunately, this has been the case of constitutional courts acting at the service of authoritarian governments, and the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice in Venezuela is an example. In many aspects, that example shows how serious the illness is that is affecting constitutional jurisdiction and turning constitutional justice into unconstitutional justice.¹³⁵

CHAPTER 2

CONSTITUTIONAL COURTS' INTERFERENCE WITH THE CONSTITUENT POWER

Constitutional courts, being constitutional organs leading with constitutional questions, in many cases interfere not with the ordinary Legislator, but with the constitutional legislator, that is with the constituent power, by enacting constitutional rules when resolving constitutional disputes between state organs or even by legitimately making changes to a constitution by means of adapting its provisions and giving them concrete meaning.

I. CONSTITUTIONAL COURTS' RESOLUTION OF DISPUTES OF CONSTITUTIONAL RANK AND ENACTMENT OF CONSTITUTIONAL RULES

The principle of the supremacy of the Constitution, particularly regarding rigid Constitutions, implies that the Constitution and all constitutional rules can be enacted only by the constituent powers established and regulated in the same constitution. This constituent power can be the people directly expressing their will (e.g., by means of a referendum) or an organ of the State acting as a derived constituent power. The consequence is that no constituted power of the State by itself can enact constitutional rules, except when expressly authorized by a constitution to participate in a constitution-making process.

Nonetheless, in contemporary constitutional law, there are cases in which constitutions authorize, exceptionally and indirectly, organs of the State to enact constitutional rules. For instance, this is the case of parliaments when the

134 See regarding the case of the Constitutional Chamber in Venezuela, Allan R. Brewer-Carías “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999–2009),” in *Revista de Administración Pública*, n° 180, Madrid 2009, pp. 383–418; “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela,” in *Revista de Derecho Político*, n° 75–76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, pp. 289–325.

135 See generally Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

constitution has authorized them to enact laws with constitutional rank (i.e., constitutional laws). In other cases, constitutions expressly authorize constitutional courts to enact constitutional rules when deciding conflicts regarding attributions of State organs, for instance on matters of political decentralization. This is particularly true in federal States, which are always constructed on a constitutional system of territorial distribution of powers between the federal (national) and state level, and even in some cases, a municipal level.

When resolving conflicts of competencies between constitutional organs, constitutional courts without a doubt enact constitutional rules. It is in this sense that Konrad Lachmayer, with respect to Austria, says that, since 1925, article 138.2 of the Constitution has enabled the Constitutional Court to act as a positive legislator, giving positive powers to the court in the sensitive area of the division of competences between the Federation and the states (*Länder*). The provision reads as follows: “The Constitutional Court furthermore determines at the request of the Federal Government or a state Government whether a legislative or executive act is part of the competence of the Federation or the States.” This means that the Constitutional Court has the final say on the question of whether ultimate authority belongs to the Federation or to the states (*Länder*).

Because in the Austrian concept of a federal state, concurring competences between the federal level of government and the states do not exist, but only exclusive competencies according to a strict separation of powers, the decisions of the Constitutional Court, established in article 138.2 of the Constitution, is understood to be an authentic interpretation of the Constitution, meaning that the Constitutional Court, when deciding conflicts between constitutional entities, “enacts constitutional law.”¹³⁶

In other federal states with the same concentrated system of judicial review as Austria, constitutional courts are also empowered to decide on constitutional conflicts between the Federation and the states, and consequently to determine the territorial level of government to which correspond the competence in conflict. This is the case, for instance, of Venezuela, where the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal is empowered to arbitrate constitutional controversies raised between national, state, and municipal bodies (article 336.9 of the Constitution)¹³⁷ in a system in which, in addition to exclusive competencies of the three levels of government, there are also concurrent competencies. The decision of the Constitutional Chamber, when determining the level of government that possesses the competency, undoubtedly has constitutional value.

Nonetheless, this judicial review power can become an instrument for illegitimately mutating the Constitution in a way contrary to its provisions. This happened precisely in Venezuela, in particular, regarding the distribution of competencies between the various territorial levels of government (municipalities,

136 See Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, pp. 1–2.

137 See, e.g., Decision n° 2401 of October 8, 2004, “Gobernador del Estado Carabobo v. Poder Ejecutivo Nacional,” *Revista de Derecho Público*, n° 99–100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, p. 317.

states, and national government), which can be changed only by means of a constitutional reform.¹³⁸ Specifically, it happened regarding the competency referred to the conservation, administration and use of roads and national highways, and administration and use of national ports and airports of commercial use, which the Constitution assigns in an “exclusive” way to the states (article 164.10). In 2007, by proposing a constitutional reform, the National Executive intended to centralize this competence of the states,¹³⁹ but it was rejected by the people in referendum. Nonetheless, what could not be achieved through popular vote was achieved by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal in Decision No. 565 of April 15, 2008,¹⁴⁰ issued deciding an autonomous recourse for constitutional interpretation filed by the attorney general. In such ruling, the “exclusive attribution” of the states was converted into a “concurrent” competency that the National Government can revert it in its favor. With this interpretation, the Constitutional Chamber illegitimately mutated the Constitution; usurped popular sovereignty; and changed the federal form of government by mutating the territorial distribution system of powers between the National Power and the states.

The U.S. Supreme Court can also be mentioned regarding the delimitation of the powers of the federal government in relation to the states. In this regard, since 1937, the Supreme Court has developed an expansive constitutional interpretation of congressional authority, according to Congress broad authority to regulate under constitutional provisions like the commerce clause of the U.S. Constitution. Article 1, section 8, of the Constitution states, “The Congress shall have the power . . . to

138 See Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del poder público en la Constitución de 1999,” in Fernando Parra Aranguren and Armando Rodríguez García (eds.), *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo, vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 107–136.

139 See Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un estado socialista, centralizado, policial y militarista: Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 41 ff.; Brewer Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 72 ff.

140 See Constitutional Chamber, Decision n° 565 of April 15, 2008, case: Attorney General of the Republic, interpretation recourse of article 164,10 of the 1999 Constitution of 1999, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 15–16. See the comments in Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la ‘reforma’ de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” in *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM y Maestría en Derecho Constitucional–PUCP, IDEMSA, Lima 2009, vol. 1, pp. 29–51.

regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.” This provision was initially interpreted in *Gibbon v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat) I (1824), in which Chief Justice John Marshall, writing for the Court, defined commerce to include “all phases of business” and “among the several States” to refer to interstate effects, even if commerce occurs within a state. This clause, “the focus of most of the Supreme Court decisions that have considered the scope of congressional power and federalism,”¹⁴¹ led to the adoption of very important Supreme Court decisions that were issued after the invalidation of various important pieces of New Deal legislation, like *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), *United States v. Darby* 312 U.S. 199 (1941), and *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

In these decisions, the Supreme Court ceased to distinguish between commerce and other kind of business, such as mining, manufacturing, and production, allowing Congress to exercise control over all business; ceased to distinguish between direct and indirect effects of interstate commerce, allowing Congress to regulate any activity that cumulatively had an effect on interstate commerce; and ceased to consider the Tenth Amendment as a limit on congressional power. Under the test developed, during the following decades, according to Erwin Chemerinsky, it has been difficult to imagine anything that Congress cannot regulate under the commerce clause, so long as it does not violate another constitutional provision.¹⁴² By means of the case law on matters related to the federal State, the Supreme Court’s decisions, without doubt, eventually have enacted constitutional rules.

However, in enacting rules about constitutional disputes regarding constitutional distribution of powers in federal States, constitutional courts are not authorized to enact constitutional rules or to give constitutional rank to provisions adopted by constitutional organs of the State not authorized to enact constitutional rules. The contrary would be a violation of a constitution, as occurred also in Venezuela, where the Constitutional Court gave constitutional rank and even supraconstitutional rank to provisions that the people had not approved. In effect, after the popular approval of the 1999 Constitution, the National Constituent Assembly adopted a set of “constitutional transition” provisions, not approved by the people, by means of a decree of the “Regime of Transition of the Public Power.”¹⁴³ In the decree, the Constituent Assembly dismissed all heads of the branches of government, including members of the Supreme Tribunal, and appointed new ones, changing the content of the transition provisions contained in the text of the Constitution. The decree was challenged before the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, which issued Decision No. 6, of January 27, 2000,¹⁴⁴ ruling that the National Constituent Assembly had

141 See Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Publishers, New York, 2006, pp. 243 ff.

142 *Id.*, pp. 259–260.

143 *Gaceta Oficial* n° 36.859, December 29, 1999.

144 See Milagros Gómez et al. case, in *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 81 ff., <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/>

“supraconstitutional” power to create constitutional provisions without popular approval, admitting the existence in the country of two parallel transitional constitutional regimes: the one contained in the transition provisions of the Constitution approved by the people and those approved by the National Constituent Assembly without popular approval. In this way, the Chamber illegitimately changed the Constitution, thus violating popular sovereignty and giving birth to a long period of constitutional instability that still has not ended. This constitutional mutation was ratified by the same Constitutional Chamber in Decision N° 180 of March 18, 2000.¹⁴⁵

II. CONSTITUTIONAL COURTS AND JUDICIAL REVIEW OF PROVISIONS OF THE CONSTITUTION AND OF CONSTITUTIONAL REFORMS AND AMENDMENTS

Constitutional courts can also enact constitutional rules when they are empowered to review the Constitution itself, as is the case in Austria, where the Constitutional Court is empowered to confront the Constitution with its own basic principles, like the principle of democracy, the federal state, the rule of law, separation of powers, and the general system of human rights. Exercising this power, the Austrian Constitutional Court declared in 2001 a constitutional provision itself as unconstitutional, annulling it.¹⁴⁶ The reason for this decision was the ongoing policy of the Austrian legislator to (indirectly) legitimize unconstitutional provisions, which the Constitutional Court had annulled, by creating new constitutional provisions mirroring the former unconstitutional ones. In this case, the Constitutional Court declared void a constitutional provision excluding parts of the Public Procurement Act from its compliance with the Constitution. The scope of review by the Court was limited to the basic principles of the Constitution, holding that the democracy principle and the *Rechtsstaat* principle were violated by exempting constitutional compliance with a significant aspect of legislation (public procurement) in a general manner.¹⁴⁷

In the same sense, constitutional courts can enact constitutional rules when exercising judicial review over constitutional amendments. For instance, in

scon/Enero/06-270100-000011.htm. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 14.

145 See Allan Brewer-Carías et al. case, in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/180-280300-00-0737%20.htm>. See the comments in Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2002, pp. 367 ff.; Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: El caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009),” *Revista de Administración Pública*, n° 180, Madrid 2009, pp. 383–418. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 14.

146 See, e.g., Constitutional Court, Decision VfSlg 16.327/2001; Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 6 (footnote 20).

147 *Id.*, p. 9.

Colombia, according to article 379 of the Constitution, all constitutional review procedures, including the convening of popular referendum or constituent assemblies are subject to judicial review by the Constitutional Court, which can declare them unconstitutional if they violate rules of procedure.¹⁴⁸ In Ecuador, article 433 of the Constitution assigns the Constitutional Court the power to determine which constitutional review procedure (reform or amendment) must be applied. The Constitution of Bolivia allows the Constitutional Tribunal to decide on actions of unconstitutionality filed against the procedures of partial reform of the Constitution.¹⁴⁹

Greek courts also have affirmed their power to engage in judicial review of constitutional amendments, although without specifying the exact constitutional basis or engaging in any meaningful scrutiny of constitutional amendments.¹⁵⁰

The situation is completely different in cases where constitutional courts exercise judicial review powers regarding reforms or amendments of the Constitution on their merits, not only on matters of procedure. This happens for instance, when the constituent powers try to change constitutional clauses that, according to the express terms of the Constitution, are declared as principles or provisions that cannot be modified or changed. For instance, the Constitution of Brazil establishes: “No proposal of amendment shall be considered which is aimed at abolishing: I. The federative form of State; II. The direct, secret, universal and periodic vote; III. The separation of the Government Powers; IV. Individual rights and guarantees” (article 64, para. 4).

Nonetheless, the powers of a constitutional court to exercise judicial review of the merits of constitutional reforms or amendments, even in cases of clauses that the Constitution stipulates as not modifiable, must be expressly established as one of its attributions, as has been established in many countries regarding review on procedural matters concerning constitutional reforms or amendments. On the contrary, the exercise by the constitutional court of judicial review powers not authorized in the Constitution as to the merits of constitutional reforms or amendments would eventually lead the Court to substitute itself for the constituent power. This is what happened, for instance, in Colombia in a decision No. C-141 issued by the Constitutional Court on February 26, 2010, in which the Court

148 See Mario Alberto Cajas Sarria, “Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia,” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 7, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2007, pp. 19 ff.

149 See Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución. Venezuela 1999-2009*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp. 78 ff.; Brewer-Carías, “La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad,” in *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Congreso Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia, junio 14 al 17 de 2005, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pp. 108–159.

150 See Supreme Special Court Judgment n° 11/2003, DtA 2009, 553 (555–556); Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 11 (footnote 85).

annulled Law No. 1,354 of 2009, which convened a referendum to approve reforms to article 197 of the Constitution to allow the reelection for a third period of the President of the Republic.¹⁵¹ In this case, the Court, in addition to considering various procedural vices affecting the popular initiative of the legislation, and the legislative process followed in the approval of the challenged law, also considered the existence of “vices or excesses in the exercise of the power of constitutional reform.” Referring to jurisprudence established since 2003 “under the name of the theory of substitution, the Court confirmed that “it is not feasible any constitutional reform ignoring structural principles or defining elements of the Constitution of 1991,” and it affirmed its power to exercise judicial review even regarding the law convening a constitutional reform referendum. As to Law 1,354 of 2009, the Court “found that it ignores some structural axes of the Political Constitution like the principle of separation of powers and the system of checks and balances, the rule of alternation and presidential terms, the right to equality and the general and abstract nature of the laws.”¹⁵² The general conclusion of the Constitutional Court’s Decision of 2010 to declare the unconstitutionality and to annul Law No. 1,354 was that it was not just “a matter of mere procedural irregularities but of substantial violations of the democratic principle, one of whose essential components is the respect of the forms provided so that the people can express itself.”¹⁵³

Regarding this decision of the Constitutional Court, Sandra Morelli has considered it “nothing less than surprising that to find the national body responsible for guarantying the supremacy of the Constitution and its preservation, in sharp contrast with the content of Article 247 of the Constitution that limit[s] its competence to consider vices of procedure when exercising control of constitutionality on the laws convening a constitutional referendum, and that it does it raising the issue that the proposed constitutional reform would constitute a substitution of the constitutional system, in a way that only the primary constituent would be legitimized for such purpose.” According to Morelli, “the Colombian constitutional court, on the one hand, is curtailing the powers to reform of the constituted bodies, and on the other, referring to powers, the mutations of the constitution.”¹⁵⁴

In India, the Supreme Court has changed the Constitution on matters of constitutional amendments by establishing substantive limitations on the power of the parliament to amend the Constitution, not provided for in article 368 of the Constitution. In this respect, the Indian Supreme Court, in *Kesvananda Bharti v. State of Kerala*, interpreted an “implied” limitation on the power of Parliament to

151 Initially the Court published Communiqué n° 9, on February 26, 2010, containing the basic ruling. See <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2009%20Comunicado%2026%20de%20febrero%20de%202010.php>. See also Sandra Morelli, *Colombian National Report*, pp. 13–16; Germán Alfonso López Daza, *Colombian National Report I*, p. 6. The full text of the decision was later published in 2011. See in <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>.

152 *Id.*, p. 19.

153 *Id.*, p. 20.

154 *Id.*, p. 22.

amend the Constitution, in the sense that it cannot amend the basic features or basic structure of the Constitution.¹⁵⁵ Consequently, judicial review is interpreted as a basic feature of the Constitution,¹⁵⁶ which means that even a constitutional amendment cannot remove the power of judicial review, thus converting the Supreme Court, according to Surya Deva, to “probably the most powerful court in any democracy.”¹⁵⁷

Finally, a case in Venezuela must be mentioned in which the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice refused to control the constitutionality of a constitutional review procedure that was challenged on grounds of its unconstitutionality. The 1999 Venezuelan Constitution establishes three different and precise procedures for constitutional reforms: the “Constitutional Amendment,” the “Constitutional Reform,” and the “National Constituent Assembly,” depending on the degree and importance of the proposed reforms, the latter being needed for major reforms aiming to transform the State. In 2007, at the initiative of the President of the Republic, the National Assembly sanctioned a “Constitutional Reform” directed to transform the Democratic Decentralized Social State established in the 1999 Constitution into a Socialist, Centralized and Militaristic State.¹⁵⁸ The reform procedure that was followed was challenged before the Constitutional Chamber, but it refused to hear the popular actions filed against it on the grounds that they were “not allowed to be proposed” (*improponibles*) pending the definitive approval of the reform, renouncing to be the guardian of the

155 See Surya Deva, *Indian National Report*, pp. 5–6.

156 See *Waman Rao v. Union of India*, AIR 1981 SC 271; *S P Sampath Kumar v. Union of India*, AIR 1987 SC 386; *L Chandra Kumar v. Union of India*, AIR 1997 SC 1125. See Surya Deva, *Indian National Report*, p. 6 (footnote 41).

157 See Surya Deva, *Indian National Report*, p. 6.

158 See on the reform proposal Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, n° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, No.43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999–2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

Constitution' supremacy.¹⁵⁹ Nonetheless, it was the people in the December 7, 2007 referendum who rejected the unconstitutional reform¹⁶⁰

III. CONSTITUTIONAL COURTS' ADAPATION OF THE CONSTITUTION AND THE QUESTION OF LEGITIMATE CHANGES TO THE CONSTITUTION

The situation is different when constitutional courts adapt constitutional provisions through interpretation. Undoubtedly, one of the main roles of constitutional courts during judicial review of statutes is to interpret the Constitution and to adapt its provisions according to constitutional principles and values, particularly on matters of protecting fundamental rights. In such cases, according to Laurence Claus and Richard S. Kay, constitutional courts "engage in positive constitutional lawmaking," particularly when the rule they "formulate, creates 'affirmative' public duties."¹⁶¹ Consequently, it is possible to accept judge-made constitutional "mutations," this expression understood to mean "change[s] in the interpretation of a constitutional provision, the meaning of which is altered in spite of the maintenance of the same wording of the Constitution."¹⁶²

But in this there are some risks. As I wrote a few years ago, if it is true that "constitutional courts, certainly, can be considered as a phenomenal instrument for the adaptation of the Constitution, and the reinforcement of the rule of law," then it is also true that "they can also be a diabolic instrument of constitutional dictatorship,

159 See Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional vs. la supremacía constitucional o de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la 'reforma constitucional' sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007," in Eduardo Ferrer Mac-Gregor y César de Jesús Molina Suárez (Coordinadores), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, Universidad nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2009, Tomo I, pp. 385–435.

160 See the comments in Allan R. Brewer-Carías, "La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario," in José Ma. Serna de la Garza (coord.), *Procesos Constituyentes contemporáneos en América latina. Tendencias y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 407–449.

161 See Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 6.

162 See Salvador O. Nava Gomar, "Interpretación, mutación y reforma de la Constitución: Tres extractos," in Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación constitucional*, vol. 2, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2005, pp. 804 ff. See also Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, *Brazilian National Report*, p. 28. See generally Konrad Hesse, "Límites a la mutación constitucional," in *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, pp. 79–104.

not subjected to control, when they validate constitutional violations made by authoritarian regimes or when separation of powers is not assured.”¹⁶³

These constitutional mutations, when reinforcing the rule of law, generally take place as a consequence of enforcing the fundamental values and principles of the Constitution, particularly the protection of fundamental rights and the strengthening of democratic rule. Nonetheless, they have also occurred in other constitutional matters related to the general organization of the State.

1. *Adapting the Constitution on Matters of Fundamental Rights Guarantees*

Regarding the protection of fundamental rights, the mutation of the Constitution in many countries has resulted from constitutional courts “discovering” fundamental rights that were not expressly listed in a constitution, and consequently enlarging the scope of the constitutional provisions. In this regard, constitutional courts always have had an additional duty over that of the ordinary judge, in that they must defend the Constitution and its foundational values at a given time.¹⁶⁴

This is why it is considered legitimate for constitutional courts, in their interpretative process, to adapt a constitution to the current values of society and the political system, precisely “to keep the constitution alive.”¹⁶⁵ To that end, because a constitution is not a static document, constitutional courts must be creative in effectively applying constitutions that may have been written, for instance, in the nineteenth century, particularly when controlling the constitutionality of legislation according to the evolving social needs and institutions of the country.

This also occurs in the case of more recent constitutions, where fundamental rights sometimes are expressed in a vague, and elusive way, with provisions expressed in ambiguous, but worthy, terms, such as liberty, democracy, justice, dignity, equality, social function, and public interests.¹⁶⁶ This leads to the need for

163 See Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad,” in *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Congreso Internacional junio 14 al 17 de 2005), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pp. 108–159.

164 This has been particularly true, for instance, in the process of the transformation in the former socialist States of Eastern Europe to contemporary democratic States subject to the rule of law. See, e.g., Marek Safjan, *Polish National Report*, pp. 7, 10; Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, pp. 18, 21, 28; Boško Tripković, *Serbian National Report*, pp. 1, 14.

165 See Mauro Cappelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado,” *Revista de Estudios Políticos* 13, Madrid 1980, p. 78; “The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis,” *Southern California Law Review*, 53, 1980, p. 409 ff.

166 See Mauro Cappelletti, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle,” in Louis Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Economica, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1982, p. 474.

judges to have an active role when interpreting what have been called a constitution's "precious ambiguities"¹⁶⁷ and "majestic generalities."¹⁶⁸

It is precisely in these matters, as mentioned by Laurence Claus and Richard S. Kay, that the U.S. Supreme Court's elaboration of constitutional principles and values "provides perhaps the most salient example of positive lawmaking in the course of American constitutional adjudication." For instance, the Court interpreted the equal protection clause of the Fourteenth Amendment to expound the nature of equality; it argued about the constitutional guarantee of due process (Amendments V and XIV), and the open clause of Amendment IX, to construct a sense of liberty.¹⁶⁹ As Geoffrey R. Stone has pointed out regarding the text of the U.S. Constitution:

"It defines our most fundamental rights and protections in an open-ended term: "freedom of speech," for example, and "equal protection of laws," "due process of law," "unreasonable searches and seizures," "free exercise" of religion and "cruel and unusual punishment." These terms are not self-defining; they did not have a clear meaning even to the people who drafted them. The framers fully understood that they were leaving it to future generations to use their intelligence, judgment and experience to give concrete meaning to the expressed aspirations."¹⁷⁰

In particular, for instance, it was in *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), that this process of mutating the U.S. Constitution began for matters of fundamental rights. It is important to bear in mind that the 1789 U.S. Constitution and the 1791 amendments did not establish the principle of equality and that the Fourteenth Amendment (1868) included only the equal protection clause, which until the 1950s had been interpreted differently.

This process converted the Court, according to Claus and Kay, into "the most powerful sitting lawmaker in the nation,"¹⁷¹ by having used old but renewed means

167 "If it is true that precision has a place of honor in the writing of a governmental decision, it is mortal when it refers to a constitution which wants to be a lively body." S. M. Hufstedles, "In the Name of Justice," *Stanford Lawyers* 14, n° 1 (1979), pp. 3–4, quoted by Mauro Cappelletti, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle," in Louis Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p. 474; L. Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe Occidentale*, Association Internationale des Sciences Juridiques, Colloque d'Uppsala 1984, (mimeo), p. 32.

168 See *W. Va. State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 639 (1943). See Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 12 (footnote 33).

169 See Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, pp. 12–13.

170 See Geoffrey R. Stone, "Our Fill-in-the-Blank Constitution," op-ed, *New York Times*, April 14, 2010, p. A27.

171 See Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 20. On the different stages in the process of law regarding those clauses, see *id.*, pp. 13–14. The authors argue that "the law of liberty and equality in America is now, in large measure, ultimately created and shaped by the Supreme Court," p. 14.

of relief, particularly equitable remedies, to move beyond prohibitory to mandatory relief. This is one of the most striking developments in modern constitutional law, and it produced changes impossible to imagine a few years earlier. As aforementioned, these means were broadly applied in *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), where the Supreme Court held that racial segregation in public education was a denial of the “equal protection of the laws,” which, under the Fourteenth Amendment, no state was to deny to any person within the state’s jurisdiction. The Court needed to answer various questions to find segregation unconstitutional, such as whether the ruling should order those African American children “forthwith be admitted to schools of their choice” or whether the court should “permit an effective gradual adjustment” to systems.¹⁷² Eventually, these inquiries led the Supreme Court, in May 1954, to declare racial segregation incompatible with the Fourteenth Amendment. It issued the final ruling in the case in May 1955, two and a half years after the initial argument.¹⁷³

In effect, in *Brown*, the Supreme Court changed the meaning of the Fourteenth Amendment. Chief Justice Warren said:

“In approaching this problem we cannot turn the clock back to 1868 when the Amendment was adopted, or even to 1896 when *Plessy v. Ferguson* was written. We must consider public education in the light of its full development and its present place in American life throughout the Nation. Only in this way can it be determined if segregation in public schools deprives these plaintiffs of the equal protection of the laws.”

This assertion led Chief Justice Warren to conclude:

“[I]n the field of public education the doctrine of “separate but equal” has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs, and others similarly situated from whom the actions have been brought are by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment.”

In other contexts, particularly in France, where the Constitution does not make a declaration of fundamental rights, the role of the Constitutional Council during the past decades must be highlighted, beginning with the important decision adopted on July 16, 1971, concerning freedom of association.¹⁷⁴ In that case, the Constitutional Council accepted the positive legal value of the Preamble to the 1958 Constitution

172 *Brown v. Bd. of Educ.*, 345 U.S. 972, 972 (1953). See Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 26 (footnote 89).

173 *Brown v. Bd. of Educ.*, 345 U.S. 972, 972 (1953). See Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 27 (footnote 91).

174 See L. Favoreu and L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Paris 1984, p. 222–237; Bertrand Mathieu, *French National Report*, p. 2.

with all its consequences,¹⁷⁵ which conformed with what Louis Favoreu called the *bloc de constitutionnalité*.¹⁷⁶

Consequently, regarding the particular law establishing a procedure to control the acquisition of legal capacity by association, the Constitutional Council considered it against the Constitution,¹⁷⁷ arguing that the Preamble to the 1946 Constitution referred to the “fundamental principles recognized by the laws of the Republic,” among which the principle of liberty of association was to be included. The Council, in accordance with such principle, considered that associations were to be constituted freely and able to develop their activities with the only condition of filing a declaration before the Administration, that was not submitted to a previous authorization by either administrative or judicial authorities. Thus, the Constitutional Council decided that fundamental constitutional principles were included not only in the Preamble of the 1958 Constitution but also in the Preamble of the 1946 Constitution, and through it in the Declaration of Rights of Man and Citizens of 1789. Thus, the limits imposed on associations by the proposed bill establishing prior judicial control of the Declaration were considered unconstitutional. In this way, according to Jean Rivero:

“The liberty of association, which is not expressly established either in the Declaration or by the particularly needed principles of our times, but which is only recognized by a Statute of 1 July 1901, has been recognized by the Constitutional Council decision, as having a constitutional character, not only as a principle, but in relation to the modalities of its exercise.”¹⁷⁸

This sort of adaptation of the French Constitution was also developed by the Constitutional Council in the well-known Nationalization case in 1982, which

175 See L. Favoreu, “Rapport général introductif,” in *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Economica, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1982, pp. 45–46.

176 See L. Favoreu, “Le principe de Constitutionnalité. Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel,” *Recueil d’Étude en Hommage à Charles Eisenman*, Paris 1977, p. 34. On comparative law, see also Francisco Zúñiga Urbina, “Control de constitucionalidad y sentencia,” *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n° 34, Santiago de Chile 2006, pp. 46–68.

177 See the Constitutional Council decision in L. Favoreu and J. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Paris 1984, p. 222. See the comments of the July 16, 1971, decisions in J. Rivero, “Note,” *L’Actualité Juridique. Droit Administratif*, Paris, 1971, p. 537; J. Rivero, “Principles fondamentaux reconnus par les lois de la République; une nouvelle catégorie constitutionnelle?” *Dalloz 1974, Chroniques*, Paris 1974, p. 265; J. E. Bradsley, “The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France,” *American Journal of Comparative Law* 20, n° 3 (1972), p. 43; B. Nicholas, “Fundamental Rights and Judicial Review in France,” *Public Law*, 1978, p. 83.

178 See J. Rivero, “Les garanties constitutionnelles des droits de l’homme en droit français,” in IX Journées Juridiques Franco-Latino Américaines, Bayonne, May 21–23, 1976 (mimeo), p. 11.

applied the article concerning the right of property in the Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1789 and declared the right to property as having constitutional force. In its decision of January 16, 1982,¹⁷⁹ even though the article of the 1789 Declaration concerning property rights was considered obsolete, and so its interpretation could not result in a completely different sense from the one defined in 1789,¹⁸⁰ the Constitutional Council stated:

Taking into account that if it is true that after 1789 and up to the present, the aims and conditions of the exercise of the right to property have undergone an evolution characterized both, by a notable extension of its application to new individual fields and by limits imposed by general interests, the principles themselves expressed in the Declaration of Rights of Man have complete constitutional value, particularly regarding the fundamental character of the right to property, the conservation of which constitutes one of the aims of political society, and located on the same rank as liberty, security and resistance to oppression, and also regarding the guarantees given to the holders of that right and the prerogatives of public power.¹⁸¹

In this way, the Constitutional Council not only created a constitutional right by giving the 1789 Declaration constitutional rank and value but also adapted the “sacred” right to property established two hundred years earlier to the limitable right of our times, thus allowing the Council to declare unconstitutional certain articles in the Nationalization statute regarding the banking sector and industries of strategic importance (especially in electronics and communications).

The role of constitutional courts in adapting the Constitution to guarantee fundamental rights not expressly established in the Constitution, even in the absence of open constitutional clauses like the Ninth Amendment to the U.S. Constitution, has been commonly accepted, mainly because of the principle of progressiveness in the protection of fundamental rights.¹⁸²

In Switzerland, for instance, before the 1999 constitutional reform was sanctioned, which included an extended declaration of fundamental rights, the

179 See L. Favoreu and L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Paris 1984, pp. 525–562.

180 See L. Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe Occidentale*, Association Internationale des Sciences Juridiques, Colloque d’Uppsala 1984 (mimeo), p. 32.

181 See L. Favoreu and L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Paris 1984, p. 526; L. Favoreu, “Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l’affaire des nationalisations,” *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger* 98, n° 2, Paris 1982, p. 406.

182 See Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid 1987; Mónica Pinto, “El principio pro homine: Criterio hermenéutico y pautas para la regulación de los derechos humanos,” in *La aplicación de los tratados sobre derechos Humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires 1997, p. 163.

Federal Supreme Court interpreted the previous 1874 Constitution, which included only a few fundamental rights, as allowing for very important unwritten fundamental rights, including the guarantee of property (1960);¹⁸³ freedom of expression (1961);¹⁸⁴ the right to personal freedom within the meaning of a right to physical and mental integrity (1963);¹⁸⁵ freedom of language (1965);¹⁸⁶ the right to existence and care, including a minimum of governmental assistance in case of need (1995);¹⁸⁷ freedom of assembly and freedom of expression, which encompass the right to hold public demonstrations (1970);¹⁸⁸ and the freedom to demonstrate.¹⁸⁹ Also, before the 1999 constitutional reform, the Federal Supreme Court recognized the freedom to elect and vote as a constitutional right;¹⁹⁰ most important, it enforced the right of women to participate in the *Landsgemeinde* (assembly of the citizens as the highest legislative body) of the Canton *Appenzell-Innerrhoden*,¹⁹¹ where the Cantonal Constitution provided that only men could participate in such an assembly. All these rights were later included in the 1999 Constitution.

In Germany, the Federal Constitutional Tribunal has also developed an important process of interpreting the constitution to protect fundamental rights. Ines Härtel refers to a 2008 decision adopted by the Federal Constitutional Tribunal regarding the searches of computers, in which the Tribunal created a “new” basic right on the “warranty of confidentiality and integrity in information technology systems.” In this case, in the course of the judicial review process of a provision of a North Rhine–Westphalia law regarding the change of the statute by the Federal Office for the Protection of the Constitution, the Tribunal ruled on the protection of general personal rights provided in article 2, section 1, in conjunction with article 1, section 1, of the Constitution,¹⁹² in particular within the tension between liberty and security that affects the handling of personal data and information.

In Poland, the Constitutional Tribunal has developed judicial activism regarding the expansion of human rights, particularly after 1989, with the fall of the country’s totalitarian system and the need to build the structures of a democratic state of law. The Constitutional Tribunal was pushed to interpret the standards of rights and

183 See Supreme Court, in ZBl 62/1961, 69, 72; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 11 (footnote 49).

184 See BGE 87 I 114, 117; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 11 (footnote 51).

185 See BGE 89 I 92, 97 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 11 (footnote 56).

186 See BGE 91 I 480, 485 ff. This includes the right to use one’s native language. See Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 12 (footnote 59).

187 See BGE 121 I 367, 370 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 12 (footnote 61).

188 See BGE 96 I 219, 223 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 11 (footnote 52).

189 See BGE 100 Ia 392, 400 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 11 (footnote 53).

190 Cf. BGE 121 I 138, 141 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 12 (footnote 64).

191 See BGE 116 Ia 359 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 13 (footnote 66).

192 See BVerfG, Reference n° 1 BvR 370/07 from February 27, 2008, available at http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html; I. Härtel, *German National Report*, p. 12.

freedoms not directly expressed in the Constitution, and to complement existing constitutional provisions, according to the new democratic values and system. Consequently, the Tribunal derived such fundamental rights as the right to the protection of human life before birth,¹⁹³ the right to trial,¹⁹⁴ the right to privacy,¹⁹⁵ ban on retroactivity,¹⁹⁶ the rule of protection of duly acquired rights,¹⁹⁷ the protection of business and legal security,¹⁹⁸ and the principle of proportionality, for instance in the imposition of sanctions.¹⁹⁹

Also in Poland, the Court has been charged with giving specific content to programmatic clauses established in the Constitution, particularly during the transformation from an authoritarian socialist State to one of democratic rule of law. In this process, the broad catalog of general rules established in the Constitution related to social and economic rights, and the definition of the economic system as a “social market economy” (article 20 of the Constitution) were developed by the Constitutional Court. That is why, regarding these rules, Judge Marek Safjan said, that “if these rules are not to remain a pure ideology and constitutional decorum, expressing the ‘wishful thinking’ attitude of the authors of the Constitution, the Constitutional Court by turning rules into norms, and seeking at least a minimal normative content in the so-called program norms,” has exercised “an increasingly stronger influence on the directions of state policy in these dimensions.”²⁰⁰ For such purpose, the Court following the superior values in the Constitution, has filled in these concepts, pinpointing and determining their boundaries. As Judge Safjan explains:

193 See Decision of May 28, 1997, K 26/96, OTK ZU 1997/2/19; Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 9 (footnote 22).

194 See Decision of January 7, 1992, K 8/91, OTK ZU 1992, part 1, pp. 76–84; of June 27, 1995, K4/94, OTK 1993, part 2, pp. 297–310; Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 9 (footnote 23).

195 See Decision of June 24, 1997, K21797, OTK ZU 1997/12/23; Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 9 (footnote 24).

196 See Decision of August 22, 1990, K7/90, OTK 1990, pp. 42–58; Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 9 (footnote 25).

197 See Decision of February 25, 1992 K3/9, OTK 1992, part 1, item 1; Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 9 (footnote 26).

198 See Decision of July 15, 1996, K5/96, OTK ZU 1996, part 2, pp. 16–28; Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 9 (footnote 28).

199 See Decision of April 26, 1995, K11/94, OTK 1995, part 1, item 12; Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 9 (footnote 29).

200 See Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 12. On decisions establishing positive normative content from the so-called program norms, see, e.g., National Health Fund of January 7, 2004, K14703, OTK ZU 2004/1A/1; the protection of consumer (biofuels) of April 21, 2004, K33/03, OTK ZU 2004/4A/31; the protection of tenants judgments of January 12, 2001, P11/98, OTK ZU2000/1/3; and April 19, 2005, K 4/05, OTK ZU 2005/4A/37; and the social market economy of January 29, 2007, P5/05,2007/1A/1. See Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 12 (footnote 37).

“It is characteristic for each Constitution to employ a large number of “open” norms having undefined (fuzzy) normative scope, expressing fundamental legal values and creating “axiology of the Constitution.” This search for a normative content hidden in the general, undefined constitutional expressions, as well as decoding other – more precise and concrete – norms out of them, setting limits to the application of rules and establishing a special “hierarchy” between the colliding rules and values – is inscribed into the nature of interpretation of the Constitution and is closely connected with the essence of the function of each constitutional court.”²⁰¹

With respect to the principle of proportionality, the Constitutional Court of Croatia also has developed this principle, determining that the State must draft legislation related to individual rights and liberties, including in their regulation, appropriate and proportional solutions in the scope of their limitations. The 1990 Constitution refers only to the proportionality principle in article 17 on the restriction of rights and freedoms during a state of emergency, without establishing it as a clear general principle of Croatian Constitutional Law. Consequently, during regular or normal circumstances, article 16 applies, which states only that rights and freedoms can be restricted by law only “to protect freedoms and rights of others, public order, public morality and health.”²⁰² Because the legislators had displayed what was considered political immoderateness by disproportionately restricting rights and freedoms, the Constitutional Court gradually started to apply the proportionality principle in all matters, clearly indicating to legislators the limitations that they could impose on rights and freedoms to protect the general well-being of individuals and their communities.²⁰³

In Greece, the Council of State, which rules on matters of judicial review, has explicitly recognized the constitutional rank of the proportionality principle as a corollary of rule of law.²⁰⁴ In contrast, since 1998, the Council of State has construed the constitutional principle of gender equality to allow positive measures that aim to establish true equality between men and women.²⁰⁵ After a long debate between constitutional scholars and the courts, the Council of State ultimately followed the *Areios Pagos* court by extending the scope of a statutory provision to groups of persons who had been unconstitutionally excluded. In addition, especially since 1993, the Council of State has derived the principle of sustainable development from

201 See Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 7.

202 In the 2000 constitutional amendment, the principle was also incorporated in article 17: “Every restriction of freedoms or rights shall be proportional to the nature of the necessity for restriction in each individual case.”

203 See Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, pp. 23 ff.

204 See Council of State Judgment n° 2112/1984, ToS 1985, 63 (64); Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 14.

205 See Council of State (Full Bench) Judgment n° 1933/1998, ToS 1998, 792 (793). After the 2001 amendments, the Constitution explicitly allows the “adoption of positive measures for promoting equality between men and women” (art. 116, sec. 2). See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 16 (footnote 123).

the Greek Constitution's environmental clauses (article 24) and in connection with European Union law. On this basis, the Council of State has emphasized that the sole constitutionally permissible form of economic development is sustainable development that incorporates the needs of future generations. With the 2001 constitutional amendments, the Greek Constitution explicitly established the principle of sustainable development (article 24.1.1)²⁰⁶

Regarding the same matter of constitutional courts mutating constitution provisions on fundamental rights, in Portugal, the Constitutional Tribunal, in Decision No. 474/95, established that, although the wording of article 33 of the Constitution prohibited, at that time, only extradition for crimes for which the death penalty was legally possible, the principles of the Constitution also prohibited extradition for crimes punishable by life imprisonment. Furthermore, the Court's ruling provides the keystone for the interpretation of the conditions that must be fulfilled to allow for extradition of persons charged with crimes for which a sentence of death or life imprisonment is possible.²⁰⁷ The consequence of this mutation was an amendment to the Constitution introduced in 1997 on the wording of article 33.4 of the Constitution, concerning extradition for crimes punishable under the applicant state's law by a sentence or security measure which deprives or restricts freedom in perpetuity or for an undefined duration.

In India, the Supreme Court has introduced important changes in the Constitution, particularly by expanding the scope of fundamental rights. For instance, article 21 of the Constitution establishes, "No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law." The Supreme Court ruled in 1970, reversing a previous position, that the expression "procedure established by law" in the article refers to a procedure that must be "right, just and fair." Thus, the Court gave itself the authority to judge whether a procedure laid down by the Legislator conformed to the principles of natural justice,²⁰⁸ which is especially remarkable because the constituent assembly, after a long debate, had expressly rejected the due process clause.²⁰⁹

In contrast, regarding the right to life under article 21 of the Indian Constitution, the Supreme Court has interpreted it to include the right to health,²¹⁰ the right to

206 See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 22.

207 See Ruling n° 384/05, summary of which can be found in *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Venice Commission, Edition 2005, vol. 2, pp. 269–271, in Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, pp. 9–10.

208 *Maneka Gandhi v. Union of India*, AIR 1879 SC 597. See Surya Deva, *Indian National Report*, p. 4 (footnote 24).

209 See Surya Deva, *Indian National Report*, p. 4.

210 See *Parmanand Kataria v. Union of India*, AIR 1989 SC 2039; *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity v. State of West Bengal*, (1996) 4 SCC 37; Surya Deva, *Indian National Report*, p. 5 (footnote 28).

livelihood,²¹¹ the right to free and compulsory education up to fourteen years of age,²¹² the right to an unpolluted environment²¹³ and to clean drinking water,²¹⁴ the right to shelter,²¹⁵ the right to privacy,²¹⁶ the right to legal aid,²¹⁷ the right to a speedy trial,²¹⁸ and various rights of persons under trial (convicts and prisoners).²¹⁹ The Court extended the meaning of life by, among other things, reading nonjusticiable directive principles of State policy into fundamental rights. As Surya Deva affirmed, the effect of this judicial extension of fundamental rights had a direct bearing on the power of judicial review: the more fundamental rights are recognized, the broader would be the scope for judicial review.²²⁰

In the Slovak Republic, the Constitutional Court has played an important role in mutating and complementing the Constitution to guarantee the protection of fundamental rights. This has happened, for instance, on matters of the right to personal freedom and physical integrity, particularly regarding the extension of the duration of pretrial detentions without the basis of a decision of the court,²²¹ and on matters of the right to enter and leave the territory of the Slovak Republic freely, which is guaranteed in the Constitution. In the latter case, the Court interpreted this

-
- 211 See *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, AIR 1986 SC 180; *DTC Corporation v. DTC Mazdoor Congress*, AIR 1991 SC 101. In id., p. 5 (footnote 29).
- 212 See *Unni Krishnan v. State of AP*, (1993) 1 SCC 645. In id., p. 5 (footnote 30).
- 213 See, e.g., *Indian Council for Enviro Legal Action v. Union of India*, (1996) 3 SCC 212; *M C Mehta v. Union of India*, (1996) 6 SCC 750; *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India*, (1996) 5 SCC 647; *Narmada Bachao Andolan v. Union of India* (2000) 10 SCC 664. In id., p. 5 (footnote 31).
- 214 See *A P Pollution Control Board II v. M V Nayudu*, (2001) 2 SCC 62. In id., p. 5 (footnote 33).
- 215 See *Gauri Shankar v. Union of India*, (1994) 6 SCC 349. In id., p. 5 (footnote 32).
- 216 See *Kharak Singh v. State of UP*, AIR 1963 SC 1295; *Govind v. State of MP*, AIR 1975 SC 1378; *R Raj Gopal v. State of Tamil Nadu*, (1994) 6 SCC 632; *PUCL v. Union of India*, AIR 1997 SC 568; *'X' v. Hospital Z*, (1998) 8 SCC 296. In id., p. 5 (footnote 34).
- 217 See *M H Hoskot v. State of Maharashtra* AIR 1978 SC 1548; *Hussainara Khatoon v. State of Bihar* AIR 1979 SC 1369; *Khatri v. State of Bihar* AIR 1981 SC 928; *Suk Das v. Union Territory of Arunachal Pradesh* AIR 1986 SC 991. In id., p. 5 (footnote 35).
- 218 See *Hussainara Khatoon (I) to (VI) v. Home Secretary, Bihar* (1980) 1 SCC 81; *Kadra Pahadiya v. State of Bihar* AIR 1982 SC 1167; *Common Cause v. Union of India* (1996) 4 SCC 33 and (1996) 6 SCC 775; *Rajdeo Sharma v. State of Bihar* (1998) 7 SCC 507 and (1999) 7 SCC 604. In id., p. 5 (footnote 36).
- 219 See *Sunil Batra v. Delhi Administration* AIR 1978 SC 1675; *Prem Shankar v. Delhi Administration* AIR 1980 SC 1535; *Munna v. State of UP* AIR 1982 SC 806; *Sheela Barse v. Union of India* AIR 1986 SC 1773. In id., p. 5 (footnote 37).
- 220 See Surya Deva, *Indian National Report*, p. 5.
- 221 See decisions I. ÚS 6/02, I. ÚS 100/04, II. ÚS 111/08, II. ÚS 8/96; Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovak National Report*, pp. 12–13.

right in such a way that it deduced an obligation of State bodies to actively participate in its protection. According to the Court, the constitutional provision means not only that State bodies are not allowed to create obstacles to the free return of a citizen to the territory of the Slovak Republic but also that State bodies are obliged to actively help citizens to return to the territory. Consequently, the bodies of the Slovak Republic (e.g., the Ministry of Foreign Affairs) have an obligation to help citizens to return to Slovak Republic when they have been kept abroad against their will, even if that obligation is not enumerated in the law and State bodies did not have the explicit requirement to do so.²²²

Of course, all these constitutional mutations are considered legitimate because they follow the basic principle of the progressive protection of human rights. On the contrary, they represent also a case of the pathology of judicial review when courts make such mutations to reduce the scope of protection of fundamental rights, as in Venezuela, where the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, in Decision No. 1.939 of December 18, 2008,²²³ ignored the decisions of the Inter-American Court on Human Rights by declaring that its rulings condemning the Venezuelan State for violations of human rights are unenforceable in Venezuela.

This also occurred with the decision of the Chamber issued on August 5, 2008, in the case of the former judges of the First Court on Contentious Administrative Jurisdiction who were illegitimately dismissed without any sort of judicial guarantees (Apitz Barbera et al. [First Court on Contentious Administrative Matters] v. Venezuela²²⁴). In its decision, the Constitutional Chamber accused the Inter-American Court on Human Rights of usurping the power of the Supreme Tribunal.²²⁵ This decision contradicted article 31 of the Constitution, which established the right of access to international protection in matters of human rights, with the State being obligated to carry out the decisions of such international bodies. But the Constitutional Chamber did not stop there. In an evident usurpation of powers, it requested that “the National Executive . . . proceed to denounce the

222 See Decision n° II. ÚS 8/96; Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovak National Report*, pp. 12.

223 See Gustavo Álvarez Arias et al. In fact, the case can be identified as “Venezuelan Government vs. Inter-American Court on Human Rights.” See <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>. See the comments in Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999–2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp. 253 ff.

224 See <http://www.adc-sidh.org/images/files/apitzbarberaingles.pdf>. Judgment of August 5, 2008 ((Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs)

225 The issue had been affirmed by the Constitutional Chamber in its known Decision n° 1.942 of July 15, 2003, in which, when referring to the International Courts, the Chamber stated that, in Venezuela, “above the Supreme Court of Justice and according to article 7 of the Constitution, there is no jurisdictional body, unless stated otherwise by the Constitution or the law, and even in this last possible case, any decision contradicting the Venezuelan constitutional order, lacks of application in the country.” See “Impugnación de artículos del Código Penal, Leyes de desacato,” *Revista de Derecho Público*, n° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ff.

Convention, in view of the evident usurpation of functions in which the Inter American Court on Human Rights has incurred into with the ruling object of this decision.” With this, the Venezuelan State continued in its process of separating from the American Convention on Human Rights and avoiding the jurisdiction of the Inter-American Court on Human Rights, using the Supreme Tribunal for this purpose.

Another case in which the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela changed constitutional provisions affecting fundamental rights is refer to the political right to participation by means of referendum, established in article 72 of the 1999 Constitution as a political right of the people to revoke or repeal the mandates of all popular elected offices. The petition for such a referendum must derive from popular initiative, and the mandate is considered revoked when “a number of electors equal or higher than those who elected the official, vote in favour of the revocation.”²²⁶ Nevertheless, in a clearly unconstitutional way, the Constitutional Chamber, in Decision No. 2750 of October 21, 2003,²²⁷ abstractly interpreting article 72 of the Constitution, endorsed a resolution of the National Electoral Council (Resolution No. 030925-465 of September 25, 2003) and decided against the Constitution by adding to the provision that the revocation of the mandate can proceed only if votes to revoke, even if greater than those cast for the election, “do not result to be lower than the number of electors that voted against the revocation.” As to the revoked public official, the Chamber considered that, “if the option of his permanence obtains more votes in the referendum, he should remain in office.” In this way, the Chamber illegitimately changed the nature of the revocation referendum, turning it into a “ratifying” referendum of mandates.²²⁸

226 This was ratified by the Constitutional Chamber in several decisions: Decision n° 2750 of October 21, 2003, case: *Carlos Enrique Herrera Mendoza (Interpretación del artículo 72 de la Constitución)* (Exp. 03-1989), *Revista de Derecho Público*, n° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003; and Decision n° 1139 of June 5, 2002, case: *Sergio Omar Calderón Duque and William Dávila Barrios*, *Revista de Derecho Público*, n° 89–92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, p. 171. The same criterion was followed in Decision n° 137 of February 13, 2003, case: *Freddy Lepage Scribani et al.* (Exp. 03-0287).

227 See case *Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*, in *Revista de Derecho Público*, n° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003.

228 This mutation had a precise purpose in 2004: to avoid revocation of the mandate of the President of the Republic (Hugo Chávez). He had been elected in August 2000 with 3,757,744 votes, so a greater number of votes in a revocation referendum would have been enough to revoke his mandate. The number of votes in favor of the revocation of the mandate of the President of the Republic, cast in the August 15, 2004 revocation referendum, was 3,989,008, reason for which his mandate could be considered constitutionally revoked. Nonetheless, the National Electoral Council, because more votes were cast against his revocation of the President mandate, on August 27, 2004 decided instead to “ratify” the President of the Republic in his position until the culmination of the constitutional term in January 2007. See *El Nacional*, Caracas, 08-

The position of the Venezuelan Supreme Tribunal on the Constitution contradicts the general one of constitutional courts: they cannot substitute for the constituent power by deducing concepts in a way that goes against what is written in the Constitution, nor can they interpret the Constitution in a way so as to arrive at concepts that could be contrary to the constitutional text and its fundamental values. As Jorge Carpizo has pointed out:

“[C]onstitutional courts cannot usurp the functions of the Constituent Power, and consequently, they cannot create provisions or principles that could not be referred to the Constitution; they can deduct implicit principles from those expressly included, like human dignity, liberty, equality, juridical security, social justice, Welfare State.”²²⁹

In the same sense, as Sandra Morelli has pointed out, constitutional courts cannot be “above the Constitution,” and they cannot “appropriate the Constitution for themselves, in an abusive way,” such as by invading the field of the Legislator or of the Constituent Power. The contrary would open the door to “irresponsible judicial totalitarianism.”²³⁰

2. *The Mutation of the Constitution on Institutional Matters*

But constitutional mutations by constitutional courts have not occurred only in the field of fundamental rights; they have also occurred with respect to other key constitutional matters, including the organization and functioning of the State.

For instance, the German Federal Constitutional Tribunal also issued a decision mutating the Constitution, in the case *AWACS-Urteil* on July 12, 1994.²³¹ The Tribunal reviewed the constitutionality of the deployment, in peacetime, of missions of German Armed Forces to foreign countries. The decision referred to the modalities surrounding the deployment, and the Tribunal concluded that the deployment of troops to foreign countries required the consent of the legislative branch. Although this assertion is reasonable – the Tribunal considered it “a requirement that derives directly from the Constitution” – the truth is that it was not

28-2004, pp. A-1 and A-2. See the comments in Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional vs. El derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares o de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un ‘referendo ratificatorio,’” in *Crónica sobre la “in” justicia constitucional: La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 350 ff.

229 See Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijesly Ed., Lima 2009, pp. 56, 68.

230 See Sandra Morelli, *La Corte Constitucional: Un papel por definir*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2002; *Colombian National Report II*, p. 3.

231 See BVferG, July 12, 1994, BVEffGE 90, 585–603; Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 352–356; I. Härtel, *German National Report*, p. 20.

expressly established in the Constitution, and the Legislator had sanctioned no legislative development on the matter. In this case, the Tribunal not only mutated the Constitution but even issued a detailed substitute legislation (provisional measures) contained in the decision, ordering the Legislator and the Executive to proceed according to it until a statute was adopted to establish in a more detailed way “the formal participation of the Legislator in the adoption of decisions related with the use of German troops in military missions.”²³²

In Austria, the Constitutional Court has also filled in the fundamental principles of the Constitution, which has had substantial influence on the interpretation of Austrian constitutional law.²³³ The most important example is the principle of *Rechtsstaat* (rule of law), from which various concepts have been derived, including the principle of legality and, from it, the principle of clarity, which obliges the legislator to provide clear and detailed provisions, the principle of comprehensibility of legislative acts,²³⁴ and the principle of effective legal protection,²³⁵ which obliges Parliament to provide sufficient and adequate legal protection to individuals. Through these interpretations, the Court created new constitutional limitations on Parliament, which had to adapt its legislation to the Court’s new standards.

In the same line, the Austrian Court has sometimes even created a new constitutional framework for Parliament to follow when enacting legislation in areas not expressly provided for in the Constitution, such as the privatization process. In four main judgments,²³⁶ the Court established an obligatory framework for privatizing state functions exercised by specific organizations, thus intervening in the legislative function and governmental policy and defining the functions and tasks of the State itself. The Court derived the rules from different provisions of the Constitution, requiring, for instance, the application in all privatization processes of the principles of rationality, efficiency, and legality, as well as the principle of the hierarchical structure of Public Administration. In contrast, according to these rules, the State is only authorized to privatize singular tasks, not an entire area of State functions; and in any case, the State has to provide effective control mechanisms with regard to private organizations performing the tasks of State authorities. Finally, the Court defined core areas of State functions that cannot be privatized at all, including foreign affairs, internal affairs, jurisdiction (judicial system), and

232 See BVferG, July 12, 1994, BVEffGE 90, 286 (390), in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 354.

233 See Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 8.

234 See VfSlg 12.420/1990, in Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 8 (footnote 24).

235 See VfSlg 11.196/1986; Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 8 (footnote 25).

236 See “*Austro Control*” decision VfSlg 14.473/1996, “*Bundeswertpapieraufsicht*” (Federal Bond Authority) decision VfSlg 16.400/2001, “*E-Control*” decision VfSlg 16.995/2003, “*Zivildienst-GmbH*” (Compulsory Community Service Ltd) decision VfSlg 17.341/2004; Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 11 (footnote 31).

criminal law. In this way, the Court created a new understanding of the Constitution and imposed it on all State authorities.²³⁷

Also regarding the limits of privatization, the Greek Council of State has held that the principles of popular sovereignty and separation of powers do not allow conferring police powers to privatize legal entities.²³⁸

In the Slovak Republic, where the Constitutional Court has the exceptional attribution of rendering abstract interpretations of the Constitution in cases of disputes between two State bodies with different interpretations of a constitutional provision, the Court has issued important decisions that have mutated and complemented the Constitution. This has happened, for instance, regarding the position and authority of the President of the Republic within the general organization of the State. In the original text of the Constitution of the Slovak Republic, inspired by the classical parliamentary form of the government, the President had the relatively weak position of a *porvoir neuter*. It was the Constitutional Court that directly strengthened the President's position through interpretation of the Constitution, affirming in 1993 that, "even if the Government of the Slovak Republic ("government") is the highest executive body (art. 108), the constitutional position of the President of Slovak Republic is in fact dominant towards the constitutional position of the government."²³⁹ The question debated was whether the President had the right or the constitutional obligation to appoint members of the government on the basis of a motion by the Prime Minister. The Court added that, "to create inner balance within the executive power, the Constitution of the Slovak Republic assigns the President of the Slovak Republic only the obligation to deal with the motion of the Prime Minister, it is not his obligation to comply with it."²⁴⁰ This decision of the Court had serious consequences for the constitutional system of the Slovak Republic, as it strengthened the position of the President, and made the Court, as mentioned by Ján Svák and Lucia Berdisová, "the direct creator of the constitutional system of the Slovak Republic."²⁴¹

This constitutional mutation was latter reaffirmed in the matter of the competence to appoint the Chief of the General Staff of the Army, which a law had vested in the government. Nonetheless, with article 102 of the Constitution establishing the competence of the President to appoint and recall "higher state officials," the Court interpreted "higher state official" in deciding that there is no "obstacle that could keep the President from the execution of his competence

237 See Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 11.

238 See Council of State (Full Bench) Judgment n° 1934/1998, ToS 1998, 598 (602–603) (concerning enforcement of no-parking zones); Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 16 (footnote 125).

239 See Decision n° I. ÚS 39/93; Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovak National Report*, p. 4.

240 *Id.*

241 *Id.*

towards Chief of the General Staff of the army as a higher state official.”²⁴² This decision, issued in connection with the direct interpretation of the Constitution by the Court, is considered to have “de facto transformed classical parliamentary form of government into some kind of semi-presidential form, and yet without the change of the normative text of the Constitution.”²⁴³

In Canada, where the Supreme Court also has the exceptional power to issue reference judgments at the request of public officials and entities of the State, among the most important Supreme Court decisions on constitutional matters are those in which the Court has created and declared constitutional rules. In particular, in the 1981 Patriation Reference,²⁴⁴ the Court laid down the basic rules governing the patriation of Canada’s Constitution from the United Kingdom; and in the 1998 Quebec Secession Reference,²⁴⁵ the Supreme Court dealt with the possible secession of Quebec from Canada. These two cases were decided at the request of the federal government, which has statutory powers to refer questions of law, including those involving the constitutionality of legislation, directly to the Supreme Court of Canada.²⁴⁶ In the decisions, the Supreme Court laid down some basic rules for guiding constitutional change and warned of potential constitutional crises that could arise from arguably unconstitutional acts, such as an attempt by the federal government to change the powers of the provincial legislatures without their consent or a similarly unilateral decision by the Quebec legislature to declare its sovereignty and secession from Canada.

IV. THE PROBLEM OF ILLEGITIMATE MUTATIONS OF THE CONSTITUTION

If constitutions are superior laws that support the validity of all the legal order, one of the institutional solutions to ensure their enforcement is the existence of a constitutional court, that must act as its guardian, with powers to annul unconstitutional State acts or to declare their unconstitutionality.

In democracies, these courts have always been the main institutional guarantee of freedom and of the rule of law. As such guardian, and as it in any rule-of-law system, the submission of the constitutional court to a constitution is absolute, not subject to discussion,²⁴⁷ because it would be inconceivable that the constitutional

242 See Decision n° PL. ÚS 32/95; Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovak National Report*, p. 5.

243 Id.

244 [1981] 1 S.C.R. 753, in Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 9.

245 [1998] 2 S.C.R. 217, in Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 9.

246 See Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 9.

247 See Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, LexisNexis, Buenos Aires 2006, p. 32. In article 204 of the Portuguese Constitution, it is expressly set forth that “in matters brought before them for decision, the courts shall not apply any rules that contravene the provisions of this Constitution or the principles contained there.”

judge can violate the Constitution that he or she is called on to apply. As a matter of principle, it is possible to imagine that other bodies of the State could violate the Constitution (e.g., Parliament), but not its guardian. For such purpose and to ensure that this does not occur, a constitutional court must have absolute independence and autonomy, because on the contrary, a constitutional court subject to the will of the political power, becomes the most atrocious instrument of authoritarianism instead of the guardian of the Constitution. Thus, in the hands of judges subject to political power, the best constitutional justice system is a dead letter for individuals and an instrument for defrauding the Constitution.

Unfortunately, the latter is what has been occurring in Venezuela since 2000. The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, far from acting within the expressed constitutional attributions, has been adopting decisions that in some cases contain unconstitutional interpretations of the constitution,²⁴⁸ not only about its own powers of judicial review but also about substantive matters. It has changed or modified constitutional provisions, in many cases to legitimize and support the progressive building of the authoritarian State. That is to say, it has distorted the content of the Constitution, through illegitimate and fraudulent “mutation,” which in some cases the people have rejected through referendum.²⁴⁹

One of the most important instruments for accomplishing these mutations of the Constitution is the already-mentioned creation of a recourse for abstract interpretation of the Constitution, in which case constitutional interpretations is not made deciding a particular case or controversy or deciding other means of judicial review, but abstractly.

This has happened in many cases of autonomous requests for interpretation filed at the request of the same national executive through the attorney general for the purpose of strengthening authoritarianism, the most notorious of which have being the following:

First, regarding article 6 of the Constitution that establishes the fundamental principles of republican government, in an immutable way, expressly including the democratic, elective, and alternate character of the government; principles that have been incorporated in Venezuelan constitutions since 1830. In particular, the

248 See Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,*” in *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional*, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, September 2005, pp. 463-489; and Brewer-Carías, *Revista de Derecho Público*, n° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7–27. See also Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional: La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

249 As mentioned, constitutional mutation occurs when the content of a constitutional standard is modified in such a way that, even when the standard maintains its content, it receives a different meaning. See Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, LexisNexis, Buenos Aires 2006, pp. 56–59, 80–81, 165 ff.

principle of alternation in government, as pointed out by the Electoral Chamber of the Supreme Tribunal of Justice in Decision No. 51 of March 18, 2002,²⁵⁰ implies “the successive exercise of a position by different persons, belonging or not to the same party,” conceived to face the desire to remain in power. Nevertheless, in Decision No. 53 of February 3, 2009, the Constitutional Chamber confused “alternate government” with “elective government” to conclude that the principle of alternation implies only “the periodic possibility to choose government officials or representatives.” The result was not only to mutate the Constitution, eliminating the principle of alternating government, but to allow a referendum that took place on February 15, 2009, for the people to vote for a “constitutional amendment” to allow for continuous reelection for elective positions. The 2009 amendment was approved in the referendum, and the Constitution was then formally changed to eliminate the principle of alternate government, which by the way, was conceived as unmodifiable in article 6 of the Constitution.²⁵¹

Second, article 67 of the 1999 Constitution expressly establishes that “the financing of political associations with Government funds will not be allowed,” a provision that in 1999 radically changed the previous regime of public financing of political parties.²⁵² This express constitutional prohibition regarding public financing of political parties was also one of the matters referred to in the 2007 proposed constitutional reform,²⁵³ which sought to modify article 67 to provide that “the State will be able to finance electoral activities.” As already mentioned, the 2007 constitutional reform proposal was rejected by popular vote in a referendum of December 2, 2007;²⁵⁴ but the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, in Decision No. 780 of May 8, 2008, also illegitimately mutated the

250 See Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. la alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida),” in *Revista de Derecho Público*, n° 117, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 205–211.

251 *Id.*

252 As was established in article 230 of the Organic Law of Suffrage and Political Participation of 1998. See Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela,” in *Financiamiento y democratización interna de partidos políticos: Memoria del IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, San José, Costa Rica, 1991, pp. 121–139; Brewer-Carías, “Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela,” in *Estudios sobre el Estado constitucional (2005–2006)*, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, n° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 655–686.

253 See Proyecto de exposición de motivos para la reforma constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional: Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007; *Proyecto de Reforma Constitucional, Prepared by the President of the Bolivarian Republic of Venezuela*, Hugo Chávez Frías, Editorial Atenea, Caracas, August 2007, p. 19.

254 See Allan R. Brewer-Carías, “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario,” in *Anuario de Derecho Público 2007*, Universidad Monteavila, Caracas 2008, pp. 17-65.

Constitution, contrary to the popular will. The Chamber ruled that the constitutional prohibition only “limit[ed] the possibility to provide resources for the internal expenses of the different forms of political associations, but...said limitation is not extensive to the electoral campaign, as a fundamental stage of the electoral process.” That is, the Constitutional Chamber, again, usurped the constituent power, substituted itself for the people, and reformed the provision, thus expressly allowing for government financing of the electoral activities of the political parties and associations, contrary to what the Constitution provides for.

Finally, the decision of the Constitutional Chamber to modify article 203 of the Constitution must be mentioned, as here the Chamber mutated an important constitutional rule of procedure for the approval of organic laws. Article 203 of the Constitution, in effect, defines the various types of organic law²⁵⁵ and establishes in general terms that, to reform an organic law, a special quorum of two-thirds of the votes of members of the National Assembly is required. The Constitutional Chamber, in Decision No. 34 of January 26, 2004,²⁵⁶ ruled that such a special quorum was not necessary to initiate the discussion of organic law drafts to reform existing organic laws that have such denomination in the Constitution, thus illegitimately changing a constitutional procedural condition regarding the approval of statutes.

Constitutional mutations have also occurred in other countries through judicial decisions, particularly on matters of presidential reelections, which in Latin American constitutional history has always provoked political conflicts because of the traditional general prohibition on reelection. Sometimes, the prohibition has been embodied in provisions considered immutable, as was the case in Honduras, where attempts by former President Manuel Zelaya in 2009 to change the constitutional prohibition on reelection by means of a constitutional assembly provoked one of the most bitter political conflicts in the region in the past decades.²⁵⁷

A similar constitutional provision prohibiting the continuous reelection of the President of the Republic is also established in article 147 of the Constitution of Nicaragua, which nonetheless was “reformed” by the Supreme Court of the country in Decision No. 504 of October 19, 2009, when ruling on an amparo action filed

255 According to article 203, “organic laws” are those qualified as such in the text of the Constitution itself, as well as those enacted for the purpose of organizing the branches of government, or for the regulation of constitutional rights, or which serve as normative framework of other statutes.

256 See Vestalia Araujo case, interpretation of article 203 of the Constitution, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/34-260104-03-2109%20.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 14.

257 See Allan R. Brewer-Carías, “Reforma constitucional, asamblea nacional constituyente y control judicial contencioso administrativo: El caso de Honduras (2009) y el precedente venezolano (1999),” *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 34 (June 2009), Gobierno de Aragón, Zaragoza 2009, pp. 481–529. In 2010, the Constitution of Honduras was changed in order to establish the possibility of the reelection of the President of the Republic.

against a decision of the Supreme Electoral Council, in which the Council rejected a request to apply the principle to equality to all public officials on matters of election. In the case, no specific candidacy was involved, and the decision consisted in a rejection of the petition due to the lack of attributions of the Supreme Electoral Council to decide on such matter. In the decision, nonetheless, the Supreme Court, incomprehensibly declared article 147 of the Constitution “inapplicable,” mutating in an illegitimate way the Constitution, by eliminating from its text the entrenched prohibition on reelection.²⁵⁸

CHAPTER 3

CONSTITUTIONAL COURTS’ INTERFERENCE WITH THE LEGISLATOR ON EXISTING LEGISLATION

Leaving aside the relation between constitutional courts and the constituent power, the most important and common role of constitutional courts has been developed with respect to legislation, controlling its submission to the Constitution. This role is performed by the courts, not only acting as the traditional “negative” Legislator but also as a jurisdictional organ of the State designed to complement or assist legislative organs in their main function of establishing legal rules.

This role has been assumed by the courts since the initial conception of the diffuse system of judicial review in the United States, deciding not to apply statutes when considered contrary to the Constitution, thus giving preference to the latter; or in the concentrated system of judicial review, which has extended throughout the world during the last century, in which constitutional courts have the power to annul unconstitutional statutes. In all systems, in accomplishing their functions, constitutional courts have always, in some way, assisted the Legislator. At the beginning, in a limited manner, they provided only for the nullity or inapplicability of statutes declared contrary to a Constitution; subsequently, they broadly interpreted the Constitution, and the statutes in conformity with it, giving directives or guidelines to the Legislator to correct the legislative defects.

I. CONSTITUTIONAL COURTS’ INTERPRETATION OF STATUTES IN HARMONY WITH THE CONSTITUTION

During the past decades, given the increasing role of constitutional courts not only as the guarantors of the supremacy of a constitution but also as its supreme interpreter through decisions with binding effects on courts, public officials, and citizens, courts have move beyond their initial role as negative legislators, ruled by the traditional unconstitutionality and invalidity-nullity dichotomy.²⁵⁹ In that trend, their powers have progressively extended, and courts have assumed a more active role interpreting constitutions and statutes, in order not only to annul or not to apply

258 See Sergio J. Cuarezma Terán and Francisco Enríquez Cabistán, *Nicaragua National Report*, p. 43.

259 See F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, pp. 8 ff.

them when unconstitutional but also to preserve the Legislator's actions and the statutes it has enacted, thus interpreting them in harmony with the Constitution.

Thus, when a statute can be interpreted accordingly or contrary to the constitution, courts often make efforts to preserve its validity by choosing to interpret it in harmony with the Constitution and by rejecting interpretations that could result in the statute being declared unconstitutional. This is a general principle currently applied in comparative law.

This role of courts has been a classical principle in the U.S. Supreme Court judicial review doctrine, formulated by Justice Brandeis:

“The validity of an act of Congress is drawn in question, and even, if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided.”²⁶⁰

This approach to judicial review, followed in all countries, responds to the principle of conservation or preservation of legislation (norm preservation) when issued by the democratically elected representative body of the State, whose legislative acts are covered by their presumption of constitutionality.²⁶¹ This principle has led to two lines of action: (1) by overestimating the presumption, in which the validity of the legislation is assumed until a decision is adopted, and (2) by preserving the piece of legislation by interpreting it according to the Constitution.

In the first case, in Greece, for example, courts traditionally have failed to meaningfully and consistently scrutinize the constitutionality of legislation, instead emphasizing the need to respect legislative prerogatives and considering the mere existence of legislation that restricts constitutional rights a sufficient basis to uphold its constitutionality.²⁶²

In the second case, it has been the practice of constitutional courts in all judicial review systems to issue so-called interpretative decisions, which the Constitutional Tribunal of Spain has defined as those:

260 See *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 346-48 (1936). The principle was first formulated in *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 62 (1932). See “Notes. Supreme Court Interpretation of Statutes to avoid constitutional decision,” *Columbia Law Review*, Vol. 53, n° 5, New York, May 1953, pp. 633–651.

261 This presumption implies the following (1) the protection of the statutes, as well as of the functions of the Legislator and its independence; (2) in case of doubt, the unconstitutionality must be rejected; (3) if two criteria exist regarding the interpretation of a statute, the one in harmony with the Constitution must be chosen; (4) when two interpretations, one contrary to the Constitution and the other according to it, the latter must be chosen. See Iván Escobar Forns, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, pp. 105–106. See also I. Härtel, *German National Report*, p. 6.

262 See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 12.

“that reject an unconstitutionality action, that is to say, that declare the constitutionality of the challenged statutory provision, provided that it be interpreted in the sense that the Constitutional Tribunal considered according to the Constitution, or not to be interpreted in the sense that it is considered not according.”²⁶³

Of course, in this regard, interpretative decisions are those that interpret statutes in harmony with the Constitution to preserve their enforcement and to avoid declaring them contrary to the Constitution, a notion that cannot be applied when the courts interpret the Constitution according to a statute to also avoid the declaration of the statute’s unconstitutionality. As has been indicated for Greece, if it is true that to avoid reaching a holding of unconstitutionality, Greek courts have regularly interpreted statutory law as conforming to the Constitution, in so doing, “they have occasionally interpreted the Constitution to be in accordance with statutory law rather than conversely or they have exceeded the permissible limits of interpretation to avoid reaching a judgment of unconstitutionality.” This refers to the case in which the Council of State construed the statutorily required “permission” of the Orthodox Church for the construction of religious sites of other denominations – against the wording of the statutory law in force at the time – to be a mere nonbinding opinion for the executive branch.²⁶⁴

On the basis of this interpretation, Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis state that the Council of State found no violation of religious freedom according to the Greek Constitution and the European Convention on Human Rights. In construing statutory legislation contrary to its wording, however, the Council of State substituted its own formulation for that of Parliament, arguably engaging in positive legislation.²⁶⁵

In any case, the technique to interpret statutes in harmony or in conformity with the Constitution to preserve their validity has been also applied in cases of the control of “conventionality” of statutes, regarding their conformity with international treaties. With respect to the Netherlands, J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik stated:

“[T]he courts generally assume that unless Parliament expressly deviates from its international obligations, it must clearly have intended any provision in its Act to be consistent with a given treaty.

263 See Decision STC 5/1981, February 13, 1981, FJ 6 in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 67; José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid 2007, p. 129.

264 See Council of State (Full Bench) Judgment n° 1444/1991, n° V 1991, 626 (627); Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 13 (footnote 94).

265 See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 13.

This assumption is the basis for the courts' usual practice to interpret national law as far as possible in a way consistent with the rights laid down in conventions such as the ECtHR. And it is this practice that has given rise to a few of the most celebrated but also deeply notorious (some might even say activist) Supreme Court judgments.²⁶⁶

The technique, in principle, cannot be considered invasive regarding the attributions of the Legislator, and on the contrary, being conceived to help the Legislator, its purpose is to preserve its normative products and, in a certain way, from a practical point of view, to avoid unnecessary legislative vacuums that result from the declaration of a statute as invalid or null.²⁶⁷ In any case, this judicial review technique of interpretative decisions in which the unconstitutionality of a statute is rejected has helped mold constitutional courts into important constitutional institutions that assist and cooperate with the legislator in its legislative functions.

Constitutional courts have widely used these sorts of interpretative decisions.²⁶⁸ In Italy, for instance, the Constitutional Court has disregarded the interpretation proposed by the a quo judge in the remittal ordinance regarding the unconstitutionality of a legal provision and instead has recommended a different interpretation of the same provision, one that is compatible with the Constitution. In other words, "with the interpretative decision of rejection, the question raised is declared groundless, on condition that one interprets the provision challenged in the sense indicated in it."²⁶⁹ The Court's decision imposes on the a quo judge a negative obligation in that he or she is obliged to not insist on attributing to the provision the meaning disregarded by the Court.

Nonetheless, as interpretation is a delicate function, many times accomplished on the border between constitutionality and unconstitutionality, constitutional courts have also established limits or self-restraint regarding interpretative decisions with respect to the wording of the text to be interpreted and the intention of the Legislator when sanctioning the law.²⁷⁰ In this regard, for instance, the Spanish Constitutional Tribunal has summarized the scope of interpretative decisions in decision STC 235/2007 of November 7, 2007, as follows:

266 See J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, *Dutch National Report*, pp. 8, 24, 32, 37.

267 See this assertion regarding the Italian and Spanish judicial review practice in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 92; F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 5.

268 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 59 ff.; F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 25 ff.; I. Härtel, *German National Report*, pp. 6–7.

269 See Gianpaolo Parodi, *Italian National Report*, p. 3.

270 See BVerfGE, 69,1 (55); 49, 148 (157), in I. Härtel, *German National Report*, p. 6 (footnote 33).

“a) The effectiveness of the norms preservation principle must not ignore or configure the clear text of legal provisions, due to the fact that the Tribunal cannot reconstruct provisions against their evident sense in order to conclude that such reconstruction is the constitutional norm;

b) The interpretation accordingly cannot be a *contra legem* interpretation, the contrary would imply to disfigure and manipulate the legal provisions; and

c) It is not the attribution of the Tribunal to reconstruct a norm that is explicit in the legal provision, and, consequently, to create a new norm and the assumption by the Constitutional Tribunal of a function of Positive Legislator that institutionally it does not have.”²⁷¹

It must also be mentioned that the technique of interpreting the law in harmony with the Constitution to avoid a declaration of unconstitutionality has also been applied in France, by means of a priori judicial review, which has been traditionally exercised by the Constitutional Council. The technique is used to consider whether the Legislator has respected the Constitution in interpreting the law according to it.²⁷² In these cases, the Constitutional Council has a double task: on the one hand, it interprets the statute according to the Constitution; on the other hand, it addresses a directive to the Legislator on the conditions of the exercise of its attributions and, eventually, a directive to the authorities who must apply the law on how they must perform their duties.²⁷³

As Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk highlighted in referring to Hungary, by setting constitutional requirements regarding the law, the Constitutional Court necessarily gives a narrow interpretation of the norm, thus reducing the possible constitutional meanings. In these cases, the Court does not annul the challenged law but modifies its meaning, and in some cases, it creates a new norm – one that may result in a Court order “to neglect significant parts of the norm,” even contradicting “the will of the legislator.”²⁷⁴ In these cases, the Court chooses one possible interpretation from the alternatives, not necessarily the same one the Legislator thought of; that is, the Court interprets the law extensively by determining a requirement that totally alters the effect of the law or gives a new statement that was not originally in the norm, thus creating a new norm.²⁷⁵ The Constitutional Court’s decision establishing new content for a provision is the result of a constitutional interpretation in order to make the law constitutional.²⁷⁶

271 See Francisco Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 34.

272 E.g., Decisions 2000-435 DC, 2001-454 DC, 2007-547 DC, in Bertrand Mathieu, *French National Report*, p. 13.

273 See Bertrand Mathieu, *French National Report*, p. 13.

274 See Decision 48/1993 (VII.2) and Decision 52/1995 (IX.15), in Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 4 (footnote 10).

275 See Decision 41/1998 (X.2), Decision 60/1994 (XII.24), and Decision 22/1997 (IV.25), in Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 4 (footnote 12).

276 See Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 4.

Regarding all these functions of constitutional courts in interpreting statutes in harmony with the Constitution, their interference with the Legislator, and their legislative functions regarding existing and in-force legislation, they can be studied through two courses of action: by complementing legislative functions as provisional Legislators or adding rules to existing Legislation through interpretative decisions and by interfering with the temporal effects of existing legislation.

II. CONSTITUTIONAL COURTS COMPLEMENTING THE LEGISLATOR BY ADDING NEW RULES (AND NEW MEANING) TO THE EXISTING LEGISLATIVE PROVISION

Through interpretation, constitutional courts frequently create new legislative rules by altering meaning or adding what is considered lacking in the provision so that it is in harmony with the Constitution.

These additive decisions have been extensively studied particularly in Italy, where it is possible to find the widest variety of decisions issued by the Constitutional Court in declaring unconstitutional a statutory provision. They have been widely studied, analyzed, and classified under the general category of “manipulative” decisions. As Gianpaolo Parodi has explained in the Italian National Report, these decisions of acceptance of unconstitutionality, despite leaving the text of the provision unaltered, transform its normative meaning, at times reducing and at other times extending its sphere of application, not without, especially in the second case, introducing a new norm into the legal system or creating new norms. In this regard, one speaks of manipulative (or manipulating) decisions, and among them, the typically additive and substitutive decisions.²⁷⁷

The difference between interpretative decisions and manipulative decisions has also been established by Parodi as follows:

“The first of the two, indeed, preferably makes reference to the subject of the ruling: a norm obtainable in an interpretative way from a legislative statement, rather than a provision, or one of its segments (in this sense, the notion fits both the interpretative decisions of acceptance in a strict sense, and the “non textual” decisions of partial acceptance); the notion of manipulative decision usually throws light on a peculiar effect of the ruling: of alteration and, precisely, manipulation of the meaning *prima facie* of the provision contested, which, on the textual plane remains unaltered.”²⁷⁸

Within the additive decisions (*sentenze additive*), it is possible to distinguish additive decisions of principle, because the principles formulated in the Court’s decision are established to guide “both the legislator, in the necessary normative activity subsequent to the ruling, aimed at remedying the unconstitutional omission; and ordinary judges, so that, while waiting for the legislative intervention, they find, with integration of law, a solution for the controversies submitted to them.”²⁷⁹

277 See Gianpaolo Parodi, *Italian National Report*, p. 6.

278 See Gianpaolo Parodi, *Italian National Report*, pp. 6–7.

279 See Gianpaolo Parodi, *Italian National Report*, p. 10.

In these cases, as pointed out by the Italian Constitutional Court in 1991, although a declaration of constitutional illegitimacy of a legislative omission leaves to the Legislator its undeniable competence to discipline the matter, even retroactively, through general legislation, “it gives a principle to which the ordinary judge is able to make reference to place a remedy in the meantime to the omission at the time of identification of the rule for the concrete case.”²⁸⁰

In many cases, through additive decisions, constitutional courts establish that the challenged provision is lacking something for it to be in accordance with the Constitution; deciding that, from that moment on, the provision must be applied as if that something is not missing. As the Constitutional Tribunal of Peru has said, by means of additive decisions:

“[T]he unconstitutionality of a provision or of part of it is declared, in which the needed part for it to result in harmony with the Constitution has been omitted (in the part in which the provision does not establish that). In such cases, the whole provision is declared unconstitutional, but only its omission, so after the declaration of its unconstitutionality it will be obligatory to include within it the omitted aspect.”²⁸¹

These decisions, frequently issued to guarantee the right to equality and to nondiscrimination,²⁸² eventually transform an unconstitutional provision into a constitutional one by adding to the norm what is lacking, or even by substituting something into the provision. In other words, without affecting the challenged provision, they extend or expand its normative content by establishing that such content must include something that is not expressly established in its text.²⁸³ Although these decisions, in a certain way, change the scope of legislative rules regardless of any amended wording, as mentioned by Joaquim de Sousa Ribeiro:

“the Court’s ruling does not put up a norm *ex nihilo*. Those decisions only put forward a solution imposed by the Constitution provisions and principles by extending a rule already chosen by the legislator.”²⁸⁴

280 See Decision n° 295/1991, in Gianpaolo Parodi, *Italian National Report*, p. 10.

281 See Decision of January 3, 2003 (Exp. n° 0010-2002A1-TC), in Fernán Altuve Febres, *Peruvian National Report II*, p. 13.

282 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 183, 186, 203, 204, 274, 299, 300; José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 232 ff.; Joaquin Brage Camazano, “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (Un suscinto inventario de algunas sentencias ‘atípicas’),” in Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación Constitucional*, Ed. Porrúa, Vol. I, México 2005, pp. 192 ff.; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 8.

283 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 28, 32, 33, 45, 97, 146, 165, 167, 292.

284 See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 9.

Of course, the additive rulings as expressed by the Italian Constitutional Court cannot imply a discretionary appraisal regarding the challenged provision, in that the Constitutional Court cannot intervene when it is a matter of choosing between a plurality of solutions, all of which are admissible – in that case, the discretion corresponds only to the Legislator.²⁸⁵ However, they cannot refer to matters that must exclusively be regulated by the Legislator, such as criminal matters.²⁸⁶

One example of these additive decisions is one issued by the Constitutional Court of Italy in 1969 regarding the constitutionality of article 313.3 of the Criminal Code, in which the prosecution for insults against the Constitutional Court itself was subjected to previous authorization from the Ministry of Justice and Grace. The Court considered that such authorization contradicted the independence of the Court, arguing that the provision was unconstitutional, deducting that the authorization was to be given by the same Court,²⁸⁷ and forcing the provision – according to Díaz Revorio – to say something that it was not capable of saying and even eliminating the part of it considered incompatible with the independence of the Court.²⁸⁸ Another decision of this sort of the Italian Constitutional Court was issued in 1989 regarding a provision of the Criminal Code that sanctioned those refusing to serve in the military because of conscience with prison terms of two to four years. The Constitutional Court, asked to review the provision, ruled that the sanction was contrary to the constitutional right to equality because the same Criminal Code established a sanction of only six months to two years in a similar situation for those who were called to serve in the military but refused to serve without motives or because of nonserious motives. The consequence was a declaration of unconstitutionality of the provision “in the part in which the minimal sanction is established in two years instead of six months, and in the part in which the maximal sanction is established in four years instead of two years.”²⁸⁹

285 See Decision Nos. 109 of April 22, 1986, and 125 of January 27, 1988, in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 273 (footnote 142); Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 164–165.

286 See Patricia Popelier, *Belgian National Report*, pp. 13–14; Iván Escobar Forns, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 110.

287 See Decision nº 15, February 12, 1969, in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 151–152.

288 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 152.

289 See Decision nº 409 of July 6, 1989, in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 153.

The result was that the Constitutional Court substituted the sanction of two to four years with another one of six months to two years.

In Germany, one of the typical additive decisions adopted by the Federal Constitutional Court is one regarding the Political Parties Law, which lowered the parties' required threshold of votes with regard to the reimbursement of election campaign costs from 2.5 percent to 0.5 percent.²⁹⁰

In Spain, an example of additive or substitutive decision is the one issued by the Constitutional Tribunal in 1988 when deciding on the constitutionality of article 7.4 of the Inter-Territorial Compensation Fund established for financing projects of the Autonomous Communities of the State, which established that, in some cases, the decision regarding the project proposals needed approval "of the Government Council of the Autonomous Communities." The Tribunal considered that this was unconstitutional, because to determine which organ of the Autonomous Communities was to intervene in the approval was a matter corresponding to their own autonomy, and the Court ruled that the reference to the Government Councils must be understood as a reference to the Autonomous Communities, without specific reference to any of their organs.²⁹¹

Another example from the Spanish Constitutional Tribunal is the decision issued in 1993 regarding the benefit of Social Security pensions to the "daughters and sisters" of a holder of a retirement pension, which the Tribunal considered unconstitutional because, contrary to the constitutional guarantee of equality, it excluded "sons and brothers" from the benefit, extending the benefits to the latter.²⁹² In the same sense is a 1992 decision of the Constitutional Tribunal regarding the Urban Tenants Law, whose article 58.1 established that upon the death of a tenant, his spouse could subrogate in his rights and duties. The Court considered that the absence in the provision of any reference to those living *more uxorio* in a marital-like relationship with the deceased tenant was contrary to the right to equality and thus unconstitutional; the result was that the provision was also to be applied to them.²⁹³ Regarding all these cases, as mentioned by F. Fernández Segado, it is possible to consider the Spanish Constitutional Tribunal as a "real positive legislator."²⁹⁴

290 See BVerfGE 24, 300 (342 f.), in I. Härtel, *German National Report*, p. 19.

291 See decision STC 183/1988, October 13, 1988, in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 154–155.

292 See Decision STC 3/1993, January 14, 1993, in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 177, 274; F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 42.

293 See Decision STC 222/1992, December 11, 1992, in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 181, 182, 275; F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 41.

294 See F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 48.

In Portugal, additive decisions have been issued by the Constitutional Tribunal in applying the principle of equality in the sense that, if a norm grants favors to certain groups of persons while excluding or omitting others in violation of an equal protection clause, the exclusion or omission is considered unconstitutional. If the Court has no power to bring about an equal solution for the excluded group, in what has been considered rare cases, the Court's ruling, by itself, has made possible the inclusion of certain groups under the scope of rules that omitted or excluded them. For instance, as pointed out by Sousa Ribeiro, in Ruling No. 449/87, the Court held unconstitutional a norm that established different allowances for a widower and widow in case of death caused by work accident. Furthermore, it stated that the only solution that would comply with the Constitution would be one that granted equal treatment to both, meaning that the favor granted to the widow should be extended to the widower. In addition, in Ruling No. 359/91, the Court considered and ruled on a request from the Ombudsman for not only a successive abstract review of the rules laid down by the Civil Code concerning the transmission of the position of the tenant in the event of divorce when interpreted as not applicable to de facto unions, even if the couple in question had underage children, but also a review of the "unconstitutionality by omission of a legislative measure which expressly states that those rules are applicable, with the necessary adaptations, to de facto unions of couples with underage children." In this decision, the Court issued a declaration with generally binding force of the unconstitutionality of that interpretation for breaching the principle of nondiscrimination against children born outside wedlock, but it did not find unconstitutionality by omission. As a result of the Court's decision, the rules of the Civil Code were thereafter understood as including such de facto unions.²⁹⁵ According to Sousa Ribeiro, such decisions can be considered additive decisions, as their implementation changes the scope of legislative rules regardless of any amendment to the wording of such rules.²⁹⁶

Also in Greece, regarding violations of the constitutional equality principle due to the unconstitutional exclusion of persons or groups from a State benefit or the preferential treatment of one person or group at the expense of another, in exercising the diffuse method of judicial review, civil courts have regularly extended preferential treatment to remedy a violation of the equality principle – regardless of whether the discriminatory legislation accords preferential treatment as a general rule or exceptionally.²⁹⁷ The extension to judges, of legislation concerning remuneration of higher public servants²⁹⁸ is usually considered a common manifestation of this jurisprudence. Ordinary administrative courts have generally

295 See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 8.

296 See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 9.

297 See, e.g., Areios Pagos Judgment Nos. 3/1990, NoV 1990, 1313 (1314); 7/1995 (Full Bench), EErgD 1996, 494 (495); 1578/2008, EErgD 2009, 180 ff.; Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 18 (footnote 140).

298 See, e.g., Areios Pagos Judgment n° 40/1990, EEN 1990, 579 ff. (579); Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 18 (footnote 144).

followed the same approach, invoking in their reasoning the European Court of Justice's case law on the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value.²⁹⁹ More recently, the Council of State has aligned its jurisprudence with that of the *Areios Pagos* Court, also extending preferential treatment in cases of violation of the constitutional equality principle, as in cases of gender discrimination in social security legislation.³⁰⁰ Accordingly, as affirmed by Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, "in extending the applicability of discriminatory, and thus unconstitutional, legislation, Greek courts exercise legislative power in a positive sense."³⁰¹

In a similar way, in South Africa, the Constitutional Court, referring to a 1991 statute (reformed in 1996) that assigned the spouse of a permanent resident in the country the right to automatically obtain a residence permit, considered it discriminatory and unconstitutional because it did not include foreigners in homosexual relationships. The Court complemented the text to include after the word spouse the phrase "or the same sex partner in a stable condition."³⁰²

In Canada, it is also possible to find similar additive judicial review decisions, also on matters of family law and regarding the right to equality, thus supported by constitutional values, in which the Court may read in or add words to legislation to cure a constitutional defect. A famous example is the decision issued by the Supreme Court in *Vriend v. Alberta*, where the Court, though considering Alberta's human rights code unconstitutional because it violated equality rights by failing to protect gays and lesbians from discrimination, decided to add or read into the provision the inclusion of sexual orientation as a prohibited grounds of discrimination rather than striking down the legislation.³⁰³ A similar use of the power was the decision of the Ontario Court of Appeal to strike down the definition of marriage as a union of a man and a woman and to substitute the gender-neutral concept of a union between persons to allow for same-sex marriages, considering that religious views about marriage could not justify excluding same-sex couples

299 See, e.g., Athens Administrative Court of First Instance Judgment Nos. 10391/1990, DiDik 1991, 1309 (1309–1310); 3151/1992, DiDik 1993, 350 (351). See also Athens Administrative Court of Appeals Judgment n° 3717/1992, DiDik 1993, 138 (138–139); Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 19 (footnote 146).

300 See, e.g., Council of State Judgment Nos. 1467/2004 (Full Bench), Arm 2004, 1049 (1050); 3088/2007 (Full Bench), DtA 2009, 540 (541); see also Council of State Judgment n° 2180/2004 (Full Bench), NoV 2005, 173 (174–175) (extending to pilots remuneration provisions for the cabin crew). See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 19 (footnote 148).

301 See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 19.

302 See Iván Escobar Fornos, "Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, pp. 111–112.

303 See *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493; Kent Roach, *Canadian National Report*, pp. 6, 14 (footnotes 5 and 27).

from the civil institution of marriage.³⁰⁴ Although such remedies are not used in a routine fashion to cure all constitutional defects, they, according to Kent Roach, “amount to judicial amendments or additions to legislation.”³⁰⁵

In Poland, the Constitutional Tribunal has developed these kinds of judgments, which are not directly established in the Constitution or in the governing statute. As mentioned by Marek Safjan, “the Tribunal adopts one of the following formulas: ‘provision X complies with the Constitution under the condition that it will be understood in the following way . . .’, or ‘provision X understood as follows . . . complies with the Constitution’ or ‘provision X understood in the following way . . . does not comply with the Constitution. . .’. The so called partial judgments usually go further because they directly determine the normative elements included in the provision, which do not comply with a hierarchically higher act (e.g. ‘provision X up to an extent in which it envisages that . . . does not comply with the Constitution’).”³⁰⁶ As an example of these decisions,³⁰⁷ which have been compared with laparoscopic surgery versus an invasive operation, is the case on interpreting the Civil Code to regulate the liability of the State for damage inflicted to an individual by public functionaries.³⁰⁸ Issuing an interpretative judgment, and therefore avoiding derogation of a Civil Code provision, the Tribunal established a totally new regime of ex delicto liability for damages of the State, on the basis of an objective premise of illegality and eliminating the fault of the functionary as a premise of public authority liability.³⁰⁹

In Hungary, additive decisions can also be found as a consequence of the Constitutional Court’s decisions declaring partial nullity of laws, called mosaic annulment. In this regard, Lóránt Csink, József Petrétei, and Péter Tilk point out that the Court has always tried to annul the least possible from the law, that is, only to annul what is necessary to restore constitutionality. For this purpose, as they argued, partial annulment pushed the Court far from negative legislation, as the text that remained in force after the annulment often had a different and sometimes contradictory meaning from the one before constitutional review. This has been the case, for instance, when some words have been annulled, with the result of

304 See *Halpern v. Ontario* (2003) 65 O.R. (3d) 161 (C.A.); Kent Roach, *Canadian National Report*, pp. 7, 14 (footnotes 6 and 29).

305 See Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 7.

306 See Marek Safjan, *Polish National Report*, pp. 13–14.

307 The Polish Supreme Court has opposed this practice of the Constitutional Tribunal, arguing that the process of interpretation is strictly connected with the process of application of a given norm, not with the procedure of its evaluation from the point of view of its conformity with a hierarchically higher act. See Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 14.

308 See decision of the Constitutional Tribunal of December 4, 2001, in the case SK18/00, OTK ZU 2001/8/256, in Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 14 (footnote 43).

309 See Marek Safjan, *Polish National Report*, pp. 14, 15.

expanding the scope of grantees of a tax law, either in the field of substantive law³¹⁰ or in the field of procedure law;³¹¹ when certain texts of a law restrain a fundamental right concerning the publicity of declarations of properties of local government deputies;³¹² and when the competence to determine compensation in matters of criminal law was removed from the minister of justice to the courts, just annulling some words of the Criminal Procedure Code.³¹³ Another case refers to a decision declaring unconstitutional a comma in a sentence containing an enumeration because it resulted in a different meaning of the sentence, a meaning that was not in conformity with the Constitution.³¹⁴

In the Czech Republic, the Constitutional Court has issued interpretative decisions that read text differently or add sense to constitutional provisions. A typical example, mentioned by Zdenek Kühn, is the judgment in the Clearance of Defense Counsel case of January 28, 2004, regarding a law mandating that, in criminal cases in which classified information might be discussed, the defense attorneys are subject to a security clearance. As a result, no defense attorney was available for the defendant in the criminal case before the district court, and the defendant was effectively denied of his or her right to legal aid. Therefore, the district court petitioned the Constitutional Court to annul the law if it included also the “defense attorneys” among those who were subject to a security clearance. The Court rejected this reading of the law and found, against its clear wording, that defense attorneys in criminal proceedings are not subject to this type of clearance. Aware of the controversial nature of its reasoning, the Court added the second part to its verdict, creating a new exception to the clear wording of the law. Hence, the verdict of the judgment includes two parts:

“I. The petition is rejected.

II. Clearance of defense attorney in criminal proceedings for purposes of access to classified information through a security clearance by the National Security Office is inconsistent with Art. 37 par. 3, Art. 38 par. 2, and Art. 40 par.

310 See Decision 87/2008 (VI.18). The decision found it discriminatory that only one group of contributors enjoyed tax preferences. The Court annulled the regulation in a way that the preference would also pertain to the members of the other group; Lóránt Csink, Józef Petrétei and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 5 (footnote 18).

311 See Decision 73/2009 (VII.10). The Court found it unconstitutional that the law did not grant the possibility of reducing or releasing tax liabilities of individuals. Such a possibility is the result of mosaic annulment. See Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 5 (footnote 19).

312 See Decision 83/2008 (VI.13). The decree of the local government allowed only Hungarian citizens to check the declarations and only after certifying their identity. These texts have been annulled. See Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 5 (footnote 20).

313 See Decision 66/1991 (XII.21) See in Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 5.

314 See Decision 16/1999. (VI.11), in Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 5.

3 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms and with Art. 6 par. 3 let. c) of the Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.”³¹⁵

In this case, the Constitutional Court explained why it included the second part based on the principle of the primacy of constitutionally consistent interpretation over unconstitutional interpretations, adding that “for these reasons, in these proceedings on review of norms, given a negative verdict with interpretative arguments, the Constitutional Court placed the fundamental constitutional principle, arising from a number of significant grounds, in the verdict section of the judgment.”³¹⁶

In another case, the Permanent Residence Case of 1994, the Constitutional Court annulled the requirement that the Czech citizens who were allowed to claim restitution of their property have permanent residence in the Czech Republic. The Court found the requirement discriminatory and annulled the rule that set the deadline for claiming restitution. The law thus lost much of its clarity because the effect of annulling the deadline was doubtful. The problem was explained in the Court’s reasoning:

“However, if the consequences of legalizing this unconstitutional condition are to be repaired, it is not only necessary to cancel the condition itself, but ...it is also necessary to ensure that the new wording of . . . the Act [after annulment] can realistically be brought to life. This can be achieved only by opening the period . . . for exercising a claim before the court for those citizens for whom the condition of permanent residence in the country has heretofore made impossible the exercise of their right to issuance of a thing.”³¹⁷

However, in that case, as explained by in Zdenek Kühn, it was far from clear what the annulment of the deadline effectively meant. In any case, the answer to the law’s interpretation could have been found not in the law’s text but in the Court’s justification of its judgment. Only in referring to the Court’s judgment did it become clear that the deadline was newly opened only for those who were prohibited to do so under the earlier version of the law (those citizens who had no permanent residence in the Czech Republic) and when the period of time commenced.³¹⁸

The Constitutional Court of Croatia has also developed additive decisions, creating policies by way of strengthening the rule of law and protection of human rights. An important case highlighted by Sanja Barić and Petar Bačić is the one referred to the annulment in 1998 of some provisions of the Pension Adjustment

315 See Decision Pl. ÚS 41/02 of January 28, 2004, published as N. 98/2004 Sb. See http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/p-41-02.php; Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 9 (footnote 41).

316 See Zdenek Kühn, *Czech National Report*. p. 9.

317 See Decision Pl. ÚS 3/94 of July 12, 1994, published in Czech as 164/1994 Sb. See http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/p-3-94.php; Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 10 (footnote 47).

318 See Zdenek Kühn, *Czech National Report*, pp. 8–9.

Act, in which the Court considered unconstitutional the fact that, since 1993, the Government ceased to adjust pensions according to increased inflation and cost of living, even though it continued to do so with wages. The result was that for four years (1993–1997) wages increased twice as much as pensions (the average pension was half the average wage), which meant that the standard of living for retired persons was half the one corresponding to the average working population. Therefore, the Constitutional Court ruled that “this legal arrangement...changed the social status of retired persons to such an extent that it created social inequality of citizens” and that the contested provisions “contravene[d] with basic constitutional provisions of article 3 of the Constitution of the Republic of Croatia, which guarantee equality, social justice, and the rule of law; and with article 5 of the Constitution, which states that laws are to be in conformity with the Constitution.”³¹⁹ As a consequence of the Court decision, retired persons were to receive the unpaid pensions for the period 1993–1997, and six years later, the Croatian Parliament sanctioned the Law on the Enforcement of the Constitutional Court’s Ruling, dated May 12, 1998.³²⁰

In many countries, these decisions have been considered invasive regarding legislative attributions because, through them, the Constitutional Court, by interpretation, proceeds to supplant the Legislator, affecting at length the system of separation of powers. They have also been considered judicial decisions adding a *quid novi* that transforms the negative into positive, so that a Tribunal converts itself from a judge of the constitutionality of statutes into a constitutional “cleaner” of the same, thus invading the sphere of other branches and adding legislative norms, or positive legislation.³²¹

In some way, a similar position is found in the Netherlands regarding the control of conventionality of statutes. The Supreme Court ruled in 1980, in the Illegitimate Child Case, that Article 959 of the Civil Procedure Code was to be interpreted in the light of Articles 8 and 14 of the European Convention, to ignore the difference established regarding the procedural treatment between cases concerning the custody of legitimate and illegitimate children, thus allowing the relatives of an orphan born out of wedlock to appeal a decision of the local magistrate withholding custody, which the Civil Procedure Code granted only to legally recognized kin.³²² On the basis of the interpretation already adopted by the

319 See Decision n° U-I-283/1997. of May 12, 1998; Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, p. 15.

320 See Decision on the Promulgation of the Law on the Enforcement of the Constitutional Court’s Ruling, dated May 12, 1998, *Official Gazette* “Narodne novine,” n° 105/2004; Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, p. 15 (footnote 30).

321 See the opinions of M. A. García Martínez, F. Rubio Llorente, G. Silvestri, T. Ancora, and G. Zagrebelsky, in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 254 (footnotes 70–76).

322 See Supreme Court judgment of 18 January 1980, NJ 1980/463 (Illegitimate Child); Jerfi Uzman; Tom Barkhuysen and Michiel L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 14 (footnote 37).

European Court of Human Rights regarding the Convention, the Supreme Court accepted the right to appeal for relatives of children born outside of marriage. The same approach was followed in the 1982 Parental Veto on Underage Marriage Case, where the Supreme Court spontaneously introduced the duty for parents to justify their decision not to let their underage children enter marriage.³²³ Where refusing their consent would be evidently unreasonable, the courts were allowed to substitute the parents' withheld permission, ignoring Article 1:36 (2) of the Civil Code, which prohibited the courts from allowing a marriage where one of the parents objected to it. Again, this judgment was backed up by several decisions of the European Commission on Human Rights,³²⁴ which eventually led to the adoption of more self-restraint on matters of control of conventionality, in the sense that the Court more recently recognized that it was not empowered to set aside national provisions for their inconsistency with Convention law, purely on the basis of its own interpretation of the Convention but only on the prevailing interpretation offered by the European Court.³²⁵

Also in the area of family law, in the Netherlands, the Supreme Court has developed its own ability to regulate certain areas of the law by means of the exercise of its power of judicial review of "conventionality" of statutes. In effect, in the Spring Cases,³²⁶ the Court considered the provisions of Dutch law that stated that when a child was born to unmarried parents or parents who had never been married before or did not have any intention of doing so in the near future, such parents could exercise no parental authority at all, being able to only obtain shared guardianship; the Court found that this violated Articles 8 and 14 of the European Convention. From that decision, the Court set aside certain provisions of the Civil Code and interpreted others so that they might be read consistently with the Convention, and it eventually elaborately tried to regulate the conditions under which a request for joint parental authority was to be granted by the courts; it devoted an entire page in the case reports to describe the conditions and provide lower courts with a "manual" for how to work through such difficult cases.³²⁷

In Latin America, a typical additive and substitutive decision can be found in Peru, in the decision adopted by the Constitutional Tribunal in 1997 regarding

323 See Supreme Court judgment of 4 June 1982, NJ 1983/32 (Parental Veto on Underage Marriage); Jerfi Uzman, Tom Barkhuysen, & Michiel L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 14 (footnote 39).

324 See Jerfi Uzman, Tom Barkhuysen and Michiel L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 14.

325 See Supreme Court judgment of 19 October 1990, NJ 1992/129 (Gay Marriage); Supreme Court judgment of 10 August 2001, NJ 2002/278 (Duty of Support); Jerfi Uzman; Tom Barkhuysen and Michiel L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 16 (footnote 46).

326 See Joint Supreme Court decisions of 21 March 1986, NJ 1986/585–588 (Spring Decisions); Jerfi Uzman; Tom Barkhuysen and Michiel L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 15 (footnote 43) and p. 24.

327 See Jerfi Uzman; Tom Barkhuysen and Michiel L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 24.

article 337 of the Civil Code, where, for purposes of a spouse seeking divorce, it “understood that the term ‘*sevicia*’ [extreme cruelty] must be substituted by the phrase ‘physical and physiological violence, that is, not only referred to physical cruelty.’”³²⁸

In Costa Rica, the Constitutional Chamber of the Supreme Court has issued additive decisions on matters of citizenship, as when interpreting that, when article 14.4 of the Constitution establishes that when foreign women marry Costa Ricans, they are Costa Ricans by naturalization if they lost their nationality, the word woman must be read as person to include men, thus overcoming the discrimination that results from the word “woman” regarding foreign men married to a Costa Rican females. The Court said:

“In order to avoid inequalities and future discriminations that could come from the application of the Constitution, exercising the attributions the Constitution assigns the Chamber, it is resolved that when statutes uses the terms “men” or “women,” they must be understood as synonymous to the word “person,” eliminating all possible “legal” discrimination because of gender; a correction that must be applied by all public officials when requested to take any decision that would require to apply provisions in which such terms are used.”³²⁹

In another case, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Costa Rica, interpreting the Currency Law, considered the matter of the essential contents of contracting freedom and concluded in relation to contractual obligations established in foreign currencies that the exchange rate to be applicable in case of payment in national currency, to avoid the violation of property rights, must be the market rate, that is, the effective commercial value of the foreign currency at the moment of payment, and not the official rate, as indicated in article 6 of the Currency Law. Consequently, the Court established how the provision of the Currency Law was to be read.³³⁰

In Venezuela, a few examples of additive decisions issued by the Constitutional Chamber can be identified. One of them pertains to a provision of the Organic Law of the Attorney General of the Republic (article 90), in which it is established, in judicial process in which the Republic is a party, the need for consent from the Attorney General regarding the bail to be requested to lift some precautionary measures. In Decision No. 1104 of May 23, 2006, the Chamber declared the partial nullity of this provision because it violated the right to defense and due process, and it established a new wording for the challenged provision, in the sense that the bail

328 See Decision of April 29, 1997 (Exp. n° 0018-1996-1-TC), in Fernán Altuve Febres, *Peruvian National Report II*, pp. 14–15.

329 See Decision Voto 3435-92, in Rubén Hernández Valle, *Costa Rican National Report*, p. 38.

330 See Decision Voto 3495-92, in Rubén Hernández Valle, *Costa Rican National Report*, p. 39.

must be approved by the corresponding judge and not the Attorney General.³³¹ Another example is the Organic Law of Public Defense, an institution established in the Constitution as part of the judicial system. Nonetheless, article 3 of the Law specified that the Public Defense Service was to depend on the Public Defender's office, which was considered unconstitutional and annulled by the Chamber, which established in Decision No. 163 of February 28, 2008, that the provision was to be read in the sense of attaching the Service to the Supreme Tribunal of Justice, not to the Peoples' Defender Office.³³² In addition, in the same decision, the Chamber annulled *ex officio* the provisions establishing the attribution of the Peoples' Defender to appoint the Head of the Public Defense Service, providing for another regime of appointment by the Supreme Tribunal; and it annulled the provision establishing the approval by the People's Defender of the Budget of the Public Defense Service, changing the wording of the Law to attribute that function to the Supreme Tribunal.³³³

This technique of additive rulings on matters of judicial review can also be identified in countries with a diffuse system of judicial review, like Argentina, where the Supreme Court has issued additive decisions on monetary matters. In the *Massa* case³³⁴ regarding the compulsory conversion of foreign currency into pesos through various emergency legal provisions, the Court ruled that the regime did not violate property rights recognized in the Constitution providing that a conversion of 1.40 pesos to one U.S. dollar be ensured, with a stabilization coefficient and an annual interest rate of 4 percent. This was a judicial addition to the legal emergency regime to avoid it being declared unconstitutional.³³⁵ In human rights cases, the Supreme Court has also issued additive rulings, like in the *Portillo* Case (1989), where the Court was required to rule on the constitutionality of mandatory military service. The petitioner claimed that, to the extent that military service might require the killing of another individual, it affected the petitioner's deep religious beliefs in violation of the free exercise of religion clause of the Constitution. The Court held that, in peacetime, compliance with military service as established by Congress violated such a clause, but it still required the petitioner to serve time in alternative

331 See Decision n° 1104 of May 23, 2006, Carlos Brender case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/1104-230506-02-1688.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 27.

332 See Decision n° 163 of February 28, 2008, Ciro Ramón Araujo case. See <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/163-280208-07-0124.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 27–28.

333 *Id.*, p. 28.

334 See Fallos 329:5913 (2006); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 17 (footnote 71). See also the Bustos case, *Fallos* 327:4495 (2004). *Id.*, p. 17 (footnote 70).

335 See Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 339; Néstor Pedro Sagües, *Argentinean National Report II*, p. 19.

civil service, thus redefining the concept of “national defense” despite the fact that Congress did not provide for such an alternative.³³⁶

Even in France, where the judicial review system until 2009 was reduced to the a priori review of legislation not yet in force, the Constitutional Council has exercised its attributions, adding provisions to the reviewed statute and modifying the scope of application of the law. For example, in Decision 82-141 DC of July 27, 1982 regarding the control of constitutionality of the draft statute on TV communications (*communications audiovisuelle*), the Council extended the scope of the right to response, interpreting the phrase “without lucrative purpose” to establish the titleholder of the right. As mentioned by Bertrand Mathieu, in this case, the Council has said what the law is, instead of the Legislator, which established the right to response in television communications only to a category of persons. By eliminating those restrictions, the Council extended the scope of the right, substituting itself for the will of the Legislator. The Constitutional Council considered that the Constitution established such right of response without it being reserved to some persons.³³⁷

III. CONSTITUTIONAL COURTS COMPLEMENTING LEGISLATIVE FUNCTIONS BY INTERFERING WITH THE TEMPORAL EFFECTS OF LEGISLATION

One of the most common interferences of the Constitutional Courts regarding legislative functions is the power of the Courts to determine the temporal effects of legislation enacted by the Legislator. In general terms, in comparative law, three different situations can be distinguished: first are cases in which the Constitutional Court determines when an annulled legislation will cease to have effects at some point in the future; second are cases in which the Constitutional Court, by assigning retroactive or nonretroactive effects to its decisions, determines the date on which legislation ceases to have effects; third are cases in which the Constitutional Court, when declaring null an unconstitutional statute, decides to bring back previously repealed legislation.

The matter, for instance, has been expressly regulated in the Constitution of the Republic of South Africa of 1996, which provides the following:

“Article 172. Powers of courts in constitutional matters.

1. When deciding a constitutional matter within its power, a court:
 - a) must declare that any law or conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid to the extent of its inconsistency; and
 - b) may make any order that is just and equitable, including

336 See Fallos 312:496 (1989); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 15 (footnote 63).

337 See Bertrand Mathieu, *French National Report*, p. 16. See the decision in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1982/82-141-dc/decision-n-82-141-dc-du-27-juillet-1982.7998.html>.

- i. an order limiting the retrospective effect of the declaration of invalidity; and
- ii. an order suspending the declaration of invalidity for any period and on any conditions, to allow the competent authority to correct the defect.”

1. *The Power of the Constitutional Court to Determine When Annulled Legislation Will Cease to Have Effects: Postponing the Effect of the Court’s Ruling*

The first of the cases in which constitutional courts interfere with the legislative function, by modulating the temporal effects of its decision declaring unconstitutional or null a statute, is when the Court establishes *vacatio sententiae*, determining when annulled legislation will cease to have effects by postponing the beginning of the effects of its own decision and thus extending the application of the invalidated statute.

In principle, it is a general rule in systems of judicial review in which the constitutional courts have power to annul unconstitutional statutes,³³⁸ as was, for instance, established since the beginning in the 1920 Austrian Constitution (article 140.3), that the Constitutional Court’s decisions must be published in an Official Journal. This means, that in principle, as the Court’s decisions have *erga omnes* effects as products of the negative legislator, the judicial review decision annulling a statute begins to have effects since the date of its publication, unless the Court establishes another date to avoid legislative vacuums, giving time to the Legislator to enact a new legislation to replace the annulled one. In the Austrian Constitution, the Court can postpone the effects of its decision for a term of up to six months, and in the constitutional reform of 1992 this was extended to eighteen months (art. 140.5).³³⁹ In these cases of extending the beginning of the effects of the Court’s decisions, the annulled statute remains in force until the extinction of the term or the intervention of the Legislator by enacting a statute to replace the annulled one. Consequently, as the Court has the power to extend the effects of an annulled statute, it can be said that, since the beginning of the concentrated system of judicial review in Europe, the Austrian Constitutional Court was “a corrective jurisdictional legislator and not only a simple negative jurisdictional legislator.”³⁴⁰

338 Although in some countries like Portugal, “The Court has never postponed the effects of its ruling by safeguarding effects produced after the declaration of unconstitutionality (and according to the prevailing opinion on this subject the effects of annulment could not be postponed).” See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 6.

339 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 266; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 174, 188.

340 See Otto Pfersmann, “Preface,” in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et*

In Greece, article 100.4, para. 2, of the Constitution, provides that the Supreme Special Court invalidates unconstitutional statutory provisions “as of the date of publication of the respective judgment, or as of the date specified in the ruling,” thus implicitly recognizing that the Supreme Special Court can establish a different date for the beginning of the effects of the invalidation of the unconstitutional statute.³⁴¹

This also occurs in Belgium, where the Constitutional Court (formerly the Arbitration Court), according to its Organic Law (article 8.2), has the power to provisionally maintain the effects of an invalidated statutory provision – in this case, not for a specific period of time but for the time the Court determines.³⁴² This term has been established in different ways according to the Court appreciation of facts, for instance, as referred to by Christian Behrendt, to the publication of the Court decision in the *Moniteur*, to the end of the academic year, to the end of the fiscal year, and to the nomination of the Officials of an organ of the State.³⁴³ In such cases, the effects of the annulled provision cease automatically, thus creating a legislative vacuum, which the Legislator is compelled to fill. This was the case of a 2002 statute modifying the rules for the publication of the *Moniteur* and establishing its exclusive electronic publication, reducing the physical (paper) publication for public consultation to only three copies. Because of the discriminatory character of the reform, impeding the access of some citizens to the Official Journal, the Court in 2004 declared invalid the statute but provided that it was to continue to have effects (*delai d’abrogation*) until July 31, 2005, imposing on the Legislator the obligation to determine alternative rules to overcome the inequalities.³⁴⁴ That is why, in some cases, the Constitutional Court has determined that the term during which the unconstitutional statute must remain in force extends up to the moment in which the corresponding Legislator issues a new legislation on the matter.³⁴⁵

In the Czech Republic, the Constitutional Court has postponed the effects of a decision issued in 2000 to offer the legislature time to enact a new law that would

allemande, Bruylant, Brussels 2006, p. xxxiii; Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 7.

341 See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 20 (footnote 152).

342 See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 87, 230, 235, 286, 309; P. Popelier, *Belgian National Report*, pp. 4–7.

343 See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 236.

344 See CA arrêt 106/2004, June 16, 2004. See also the references in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 313–320.

345 Arrêt 45/2004; Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 87, 235, 309–321.

enact a mechanism for just terms in rent.³⁴⁶ Nonetheless, the most celebrated example is the case of the annulment of the law on judicial review of administrative acts, which did not fit the requirements of the Czech Constitution and, above all, the European Convention of Human Rights. The Constitutional Court repeatedly urged the legislature to enact a new and constitutionally consistent law. Finally, as mentioned by Zdenek Kühn, the Court lost its patience and annulled all of part 5 of the Code of Civil Procedure related to administrative judiciary. It noted that the law as a whole suffered serious constitutional deficits, even though there were many provisions that would be included in a new law, stating:

After taking into account all calls made by the Court to both the legislature and the executive branch, and after considering the current state of work on the reform of administrative judiciary, the Court decided to delay the effects of its judgment until December 31, 2002. As it would take some time before enacting the law and its entering into force, it is clear that it is the task for this legislature to enact a new law.³⁴⁷

Eventually, the legislature, which delayed the enactment of the new law on administrative judiciary for almost ten years, enacted a new law.

In France, the constitutional law No. 2008-724 of July 23, 2008 reforming article 62 of the Constitution on the judicial review system established that in the case of statutory provisions declared unconstitutional according to article 61-1 (*exception of unconstitutionality*), the decision has effect since its publication, as the Constitutional Council is authorized to fix another ulterior date. In Croatia, to avoid legal uncertainties occurring in the period between the adoption and publication of a repeal decision by the Constitutional Court, article 55.2 of the 2002 Constitutional Act on the Constitutional Court states:

“The repealed law or other regulation, or their repealed separate provisions, shall lose legal force on the day of publication of the Constitutional Court decision in the Official Gazette *Narodne novine*, unless the Constitutional Court sets another term.”³⁴⁸

The same general principle has been applied in Germany, although without such a clear provision as those in Belgium, France, or Croatia. Article 35 of the Federal Constitutional Court of Germany only establishes regarding the execution of its decision that, in individual cases, the Court can establish how such execution will take place. Given this provision, it can be considered usual practice for the Federal Constitutional Court to establish a term for its decision to be applied, which is fixed according to different rules, for instance, a precise date or a particular fact like the

346 See judgment of June 21, 2000, Pl. ÚS 3/2000, *Rent Control I*, published as n° 231/2000 Sb.; Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 12 (footnote 57).

347 See the judgment of June 27, 2001, Pl. ÚS 16/99, Part Five of the Code of Civil Procedure – Administrative Judiciary, published as n° 276/2001 Sb.; Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 14 (footnote 63) (the Court was referring to the fact of parliamentary elections, which were due in June 2002).

348 See Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, p. 17.

end of the legislative term.³⁴⁹ One recent case, highlighted by I. Härtel, concerns the inheritance tax statutory provision.³⁵⁰ In some aspects the provision was unconstitutional, but the Tribunal did not annul it but referred it to the Legislator to reform it in conformity with the Constitution, thus maintaining the applicability of the unconstitutional statute until a new legislative regulation could be established. As I. Härtel said:

“The continuing implementation was seen as necessary to prevent a situation of legal uncertainty during the interim period, especially affecting, and potentially complicating, the regulations regarding succession of property during a transferor’s lifetime. The BVerfG has therefore, as a kind of ‘emergency legislator,’ created a law-like condition (Steiner, ZEV 2007, 120 (121)); it has ‘invented’ a new decision type (Schlaich/Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7th ed. 2007, margin number 395).”³⁵¹

In Italy, the Constitution clearly establishes that when the Constitutional Court declares unconstitutional a statutory provision, it ceases in its effects the day after its publication (article 136, Constitution), which implies that the Constitutional Court cannot postpone the annulment effects or extend the application of the annulled provision.³⁵² Nonetheless, it is possible to identify in the jurisprudence important cases of deferring the effects in time of a declaration of unconstitutionality. As mentioned by Gianpaolo Parodi, “in these cases, the Court declared the unconstitutional character of legislative provisions by the state successive to the constitutional law no. 3/2001 and detrimental to the new regional attributions, explaining that the state discipline censured would not have ceased to find application until the arrangement and the coming into force of the new regional regulations and setting aside the administrative procedures in progress and founded on the first, even if not yet exhausted, to avoid that, due to the situation of normative void determined by the ruling of acceptance, the guarantee of constitutional rights might result compromised.”³⁵³

In Canada, the Supreme Court has also developed innovative remedies of delaying or suspending the declaration of invalidity for periods of six to eighteen months to provide legislatures an opportunity to enact new constitutional legislation

349 See BVferG, May 22, 1963 (Electoral Circuits), in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 299–300. See BVferG, November 7, 2006 (Inheritance Tax); I. Härtel, *German National Report*, p. 7.

350 See BVerfG, court order from 2006-11-7, reference number: 1 BvL 10/02; I. Härtel, *German National Report*, pp. 7–8.

351 See I. Härtel, *German National Report*, p. 8.

352 In the 1997 proposed reform of the Constitution, which was not approved, one of the reforms aimed to allow the Constitutional Court to postpone the effects of annulment for up to one year. See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 125 (footnote 166).

353 On the subject of education, see Const. C., Judgment Nos. 370/2003; 13 and 423/2004. See also Gianpaolo Parodi, *Italian National Report*, p. 13.

so that there are no lacunae in the legal regime. It was first used in the case *Manitoba Language Reference*, where in the Province of Manitoba all laws were unconstitutional because they had not been translated into French. The Court delayed the declaration of invalidity under s. 52(1) of the Constitution Act (which says that laws inconsistent with the Constitution are of no force and effect) and justified the use of a suspended declaration of invalidity on the basis that the immediate striking down of all of Manitoba's laws would offend the rule of law. The practical effect of this decision, however, was that Manitoba translated all of its laws over a period of time supervised by the court.³⁵⁴ Since that time, as mentioned by Kent Roach, "the use of suspended declarations of invalidity has increased, though the Court formally maintains that the remedy should only be used in cases where an immediate declaration of invalidity will threaten the rule of law or public safety or deprive people of benefits simply because the benefit has been extended in an unconstitutionally under inclusive manner."³⁵⁵ Kent Roach also mentions that the South African Constitution follows the Canadian example and specifically provides for suspended declarations of invalidity (article 172). It must be noted, that, although it may have that practical effect, the suspended declaration of invalidity is not a mandatory order that the legislature enact new legislation. The legislature is legally free to do nothing. In such an event, the court's declaration of invalidity takes effect once the period of delay has expired.³⁵⁶

In Brazil, in contrast, in the 2006 Law No. 11.417 developing the provision of article 103-B of the Constitution, when regulating the institution known as *súmula vinculante* and establishing the general principle of the immediate effects of the decisions of the Federal Supreme Tribunal, it authorizes the Tribunal to decide for the effects to start in another moment, taking into account legal security reasons or exceptional public interest.³⁵⁷

The same sort of regulation is found in article 190.3 of the Polish Constitution, where regarding the decisions of the Constitutional Tribunal, after establishing that they shall take effect from the day of its publication, it authorizes the Constitutional Tribunal to specify another date for the end of the binding force of a normative act, a period that may not exceed eighteen months for a statute or twelve months for any other normative act.³⁵⁸ As has been said by Marek Safjan, "no other organ, except for the constitutional court, may order application of norms declared unconstitutional, which is paradoxical considering that the fundamental role of any

354 See *Manitoba Language Reference* [1985] 1 S.C.R. 721; Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 7 (footnote 8).

355 See *Schachter v. Canada* [1992] 2 S.C.R. 679; Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 8 (footnote 9).

356 See Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 8.

357 See Jairo Gilberto Schäfer and Vânia Hack de Almeida, "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a possibilidade de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 384.

358 See Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 4 (footnote 13).

constitutional court is to eliminate unconstitutional statutes and not to let them remain in force.”³⁵⁹

In Spain, the Organic Law on the Constitutional Tribunal has no express provision on this matter, as the Tribunal ruled in Decision 45/1989 that it could not postpone the beginning of the effects of its nullity decision “due to the fact that the Organic Law does not empower the Tribunal, in a different way to what occurs in another system, to postpone or put off the moment of the effectiveness of the nullity.”³⁶⁰ Nonetheless, in subsequent decisions, the Constitutional Tribunal, without legal support, has assumed the power to postpone the beginning of the effects of its nullity decisions, as was the case of the Law 6/1992 establishing the territorial area of the Santoja y Noja Marsh, considered unconstitutional because it interfered with the competencies of the Autonomous Communities. To avoid any lack of protection regarding the environment, the Tribunal postponed the effects of its annulment up to the moment that the corresponding Autonomous Community exercised its legislative attributions.³⁶¹ Although the power the Tribunal assumed was proposed to be incorporated in the 2007 reform of the Organic Law, it was not passed, evidence of the role of the Tribunal as positive legislator on matters of judicial review.³⁶²

Something similar is accepted in Mexico, where the Supreme Court is empowered to postpone the effects of a decision annulling a statute according to its evaluation of the effects of the legislative vacuum produced by the annulment. No maximum term is established in these cases.³⁶³ In Peru, the Constitutional Tribunal applied *vacatio sententiae* when annulling in 2002 the Fujimori Government’s antiterrorist laws, “to allow the democratic legislator in a short and reasonable delay,” to issue legislation on procedural matters that could rationally allow for retrials in cases of those already condemned for treason.³⁶⁴ In Colombia, the

359 Id., p. 6.

360 See STC 45/1989, February 20, 1989, in F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, pp. 16–17.

361 See STC 195/1998, October 1, 1998, in F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 18.

362 See the critic of F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, pp. 13, 17.

363 See Tesis Jurisprudencial P./J 11/2001, in SJFG, Vol. XIV, Sept. 2001, p. 1008. See the reference in Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City 2009, p. 69; and “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 247–248.

364 See Domingo García Belaúnde and Gerardo Eto Cruz, “Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 283–284; Francisco Eguiguren and Liliana Salomé, *Peruvian National Report I*, p. 10.

Constitutional Court has often postponed the effects of its decisions annulling statutes.³⁶⁵

Finally, it must be mentioned that this possibility of postponing the date on which the effects of a decision begin has also been applied in countries with a diffuse system of judicial review, as in Argentina, where the Supreme Court, to avoid chaotic consequences from the immediate application of its declaration of unconstitutionality of a statutory provision, postponed the beginning of the effects for one year after the decision was published.³⁶⁶ In other cases, the Supreme Court has clearly ruled for future cases, expanding the scope of protection of the declaratory judgments (*acción declarativa de certeza*), regulated by Article 322 of the National Code of Federal Civil and Commercial Procedure. For instance, in the *Rios* case, decided in 1987, a statute provision providing that only political parties could present candidates to federal elections was challenged because it violated the right to elect and be elected for public office. Even though at the time of the decision the election had passed, the Supreme Court accepted the case, to establish precedent that settles the matter for future cases, thus reaffirming its role as final interpreter of the Constitution and its pretense to expand the effect of its rulings beyond the case being heard.³⁶⁷

In the same trend, in the Netherlands, regarding the control of conventionality of statutes, the Supreme Court has postponed the effects of some of its decisions, “true prospective” ones, when the Court does not apply its new interpretation in the case at hand but postpones it.³⁶⁸

2. *The Power of the Constitutional Court to Determine When Annulled Legislation Will Cease to Have Effects: Retroactive or Nonretroactive Effects of Its Own Decisions*

But regarding the effects of the judicial decisions declaring a statute unconstitutional, another aspect of the temporal effects of the annulment is the retroactive or nonretroactive effects given to the Constitutional Court’s decisions. The Court can determine the point in the past at which an annulled legislation ceased to have effects.

This Constitutional Court ruling depends on the nature of the judicial review decision, and it varies according to the system adopted in the given country. If the

365 See, e.g., Decision C-221 of 1997; C-700 of 1999; C-442/01; C-500/01; C-737/01; Germán Alfonso López Daza, *Colombian National Report I*, p. 11 (footnote 26).

366 See Rosza case, *Jurisprudencia Argentina*, 2007-III-414, in Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 352.

367 See Fallos 310:819 (1987); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 10.

368 See Supreme Court judgment of 12 May 1999, NJ 2000/170 (Labour Expenses Deduction); J. Uzman, T. Barkhuysen, and M.L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 26 (footnote 79).

Court decisions are considered declarative by nature, with *ex tunc* or *ab initio* effects, the judicial review decisions declaring the unconstitutionality of statutes have retroactive effects, and the result is that the statute is considered as if it never had produced effects. If the decisions of the Court declaring a statute unconstitutional are considered constitutive, with *ex nunc* or *pro futuro* effects, the judicial review decisions declaring the statute unconstitutional have nonretroactive effects, not affecting the effects produced by the statute up to its annulment. In some countries, a rule has been established in the statute regulating the Constitutional Court, and in others, the decision to opt for a solution corresponds to the Constitutional Court itself when having the power to determine when the effects of the annulled legislation ceased. In any case, any rigidity on the matter has passed.

A. The Possibility of Limiting the Retroactive *Ex Tunc* Effects Regarding Declarative Decisions

In the case of a classical diffuse system of judicial review, as in the United States, the Supreme Court decisions declaring the unconstitutionality of statutes have in principle declarative effects, in the sense of considering the statute null and void, as if “it had never been passed”³⁶⁹ or had never “been made”;³⁷⁰ that is, they are generally considered to have *ex tunc* or retroactive effects. Nonetheless, this initial doctrine has been progressively relaxed, given the possible negative or unjust effects that could be produced by the Court’s decisions regarding the effects that the unconstitutional statute has already produced. This was, for instance, specifically highlighted by Justice Clark in *Linkletter v. Walker* (1965), in applying a new constitutional rule to cases previously finalized. The Court said:

“Petitioner contends that our method of resolving those prior cases demonstrates that an absolute rule of retroaction prevails in the area of constitutional adjudication. However, we believe that the constitution neither prohibits nor requires retrospective effect. As Justice Cardozo said, we think the federal constitution has no voice upon the subject. Once the premise is accepted that we are neither required to apply, nor prohibited from applying a decision retrospectively, we must then weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation.”³⁷¹

369 See *Norton v. Selby County*, 118 U.S. 425 (1886), p. 442. See the critics to this ruling in J. A. C. Grant, “The Legal Effect of a Ruling That a Statute Is Unconstitutional,” *Detroit College of Law Review*, 1978, n° 2, p. 207, in which he said: “An unconstitutional act may give rise to rights. It may impose duties. It may afford protection. It may even create an office. In short, it may not be as inoperative as though it had never been passed.” See also Laurence Claus and Richard S. Kay, U.S. *National Report*, p. 21 (footnote 21).

370 See *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance* case (1795), 2 Dallas 304.

371 See *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

Therefore, considering that “the past cannot always be erased by a new judicial decision,”³⁷² the principle of the retroactive effects of the Supreme Court decisions in constitutional matters has been applied in a relative way. “The questions – said the Supreme Court in *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank* (1940) – are among the most difficult of those that have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all-inclusive statement of a principle of absolute retroactive invalidity cannot be justified.”³⁷³ The Supreme Court in any case has abandoned the absolute rule³⁷⁴ and has recognized its authority to give or to deny retroactive effects to its ruling on constitutional issues; the Supreme Courts of the states have done the same during recent decades.

For instance, in criminal matters, the Courts have given full retroactive effects to their rules when they benefit the prosecuted. In particular, they have given retroactive effects to decisions in the field of criminal liability, for example, allowing prisoners on application for habeas corpus to secure their release on the grounds that they are held under authority of a statute that, subsequent to their conviction, was held unconstitutional.³⁷⁵ The Court has also given retroactive effects to its decisions on constitutional matters, when it considers the rules essential to safeguard against the conviction of innocent persons, such as the requirement that counsel be furnished at the trial (*Gideon v. Wainwright*, 327 U.S. 335, 1963), or when the accused is asked to plead (*Arsenault v. Massachusetts*, 393 U.S. 5, 1968), or when it is sought to revoke the probation status of a convicted criminal because of his or her subsequent conduct (*McConnell v. Rhay*, 393 U.S. 2, 1968), as well as the rule requiring proof beyond a reasonable doubt (*Ivan v. City of New York*, 407 U.S. 203, 1972). Its ruling concerning the death penalty has also been made fully retroactive (*Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510, 1968).³⁷⁶

In other criminal cases, the position of the Court has been to give no retroactive effects to its rulings on constitutional issues when it also benefits the prosecuted. As J. A. C. Grant said, in 1977, the Supreme Court held that any change in the interpretation of the Constitution that has the effect of punishing acts that were not penalized under the earlier interpretation cannot be applied retroactively; as it is stated in *Marks v. United States* (1977), “the notion that persons have a right to fair warning of that conduct which will give rise to criminal penalties, is fundamental to our concept of constitutional liberty.”³⁷⁷

Therefore, the rule of retroactiveness of the effects of the Court’s decisions in criminal cases is not absolute and has been applied by the Court in considering the justice of its application in each case. Consequently, when the decision has not, for

372 See *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371 (1940), p. 374.

373 Id.

374 See Laurence Claus and Richard S. Kay, U.S. National Report, p. 21.

375 See *Ex parte Siebold*, 100 U.S. 371 (1880).

376 See J. A. C. Grant, loc. cit., p. 237.

377 See *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977), p. 191; J. A. C. Grant, loc. cit., 238.

instance, affected the “fairness of a trial” but only the rights to privacy of a person, the Court has denied the retroactive effects of its ruling.

It must also be mentioned that, even in cases of rules related to the idea of the type of trial necessary to protect against convicting the innocent, the rules established by the Supreme Court have been made wholly prospective when to give them retroactive effect would impose what the Court considers unreasonable burdens on the government brought about at least in part by its reliance on previous rulings of the Supreme Court. This happened in *De Stefano v. Woods* (392 U.S. 631 (1968)), which established that state criminal trials must be by jury, and in *Adam v. Illinois* (405 U.S. 278 (1972)), which established the right to counsel at the preliminary hearing whose retroactivity the Court said, “could seriously disrupt the administration of our criminal laws.” In contrast, in civil cases, it has been considered that the new rule established in a court decision on constitutional matters cannot disturb property rights or contracts previously made. In this respect, the Supreme Court in *Gelpcke v. Dubuque* (68 U.S. (1 Wall) 175 (1864)) considered that a decision of the Supreme Court of Iowa was to be given prospective effect only:

“The sound and true rule is, that if the contract, when made, was valid by the laws of the state as then expounded . . . and administered in its courts of justice, its validity and obligation cannot be impaired by any subsequent action of legislation, or decision of its courts altering the construction of the law.”

In other countries that have adopted the diffuse system of judicial review, following the U.S. model, as is the case of Argentina, the same modality of mitigating the retroactive effects of the decisions declaring the unconstitutionality of statutes has been adopted.³⁷⁸

The same mitigating process regarding the general rule of the retroactive effects of the judicial review decisions has also been developed in countries, like the Netherlands, regarding the control of conventionality of statutes. Departing from the initial general rule of the retroactive effect of the Supreme Court rulings on the matter, since the 1970s, as referred to by J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik. These have embraced a lawmaking duty, openly discussing the consequences of judicial review decisions and giving in some cases prospective effects –called qualified prospective decisions– when the Court immediately applies its new interpretation or rule but limits the possibilities for other parties than those in the case at hand to appeal to the new rule. An example is the 1981 *Boon v. Van Loon* case, where the Court changed its case law on the ownership of pensions in divorce law³⁷⁹ but explicitly limited the temporal effect of its new course to the case at hand

378 See Itzcovich case, Jurisprudencia Argentina 2005-II-723, in Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 351.

379 See Supreme Court judgment of 27 November 1981, NJ 1982/503 (*Boon v. Van Loon*); J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 42 (footnote 138).

and future cases. Where the divorce had already been pronounced, no appeal to the new rule would be possible.³⁸⁰

However, it must be mentioned that not all countries following the concentrated system of judicial review have adopted the constitutive effects of the decision annulling the unconstitutional statute. In Germany, for instance, the proclaimed principle is the contrary one. As a matter of principle, the decisions of the Federal Constitutional Tribunal when annulling a statute have *ex tunc* and *eo ipse* effects, considering that the annulled statute should never have produced legal effects.³⁸¹ Nonetheless, in practice the reality is another, and it is not common to find decisions annulling statutes with purely *ex tunc* effects, except if with the *ex tunc* annulment of the statute the situation of conformity with the Constitution is immediately reestablished.³⁸² In contrast, the Law regulating the functions of the Federal Constitutional Tribunal establishes in article 95.1 the possible *ex tunc* effects on criminal matters, prescribing that “new proceedings may be instituted in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure against a final conviction based on a rule which has been declared incompatible with the Basic Law or null and void in accordance with Article 78 above or on the interpretation of a rule which the Federal Constitutional Court has declared incompatible with the Basic Law.” In article 95.2, it adds that, “in all other respects, subject to the provisions of Article 95 (2) below or a specific statutory provision, final decisions based on a rule declared null and void pursuant to Article 78 above shall remain unaffected.”³⁸³

In Poland, the decisions of the Constitutional Tribunal annulling statutes according to article 190.4 of the Constitution imply, in addition to the ban on application of the unconstitutional norm in the future, an opportunity to modify past decisions issued, for instance, by courts and administrative organs on the basis of the provisions found unconstitutional, before the judgment was passed. Such provision states that the Constitutional Tribunal’s decision “shall be a basis for re-opening proceedings, or for quashing the decision or other settlement in a manner and on principles specified in provisions applicable to the given proceedings.”³⁸⁴

In Portugal, the effects given to the annulment decisions of the Constitutional Tribunal are also retroactive, although article 282.4 of the Constitution limits the retroactivity of the decision when motives of juridical security, equity, or public

380 See J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, *Dutch National Report*, pp. 41–42.

381 See I. Härtel, *German National Report*, p. 10.

382 See Francisco Fernández Segado, *Spanish National Report*, pp. 8, 14.

383 Cf. Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 190–191.

384 See Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 5.

interests prevent application of the retroactive principle.³⁸⁵ Also in Brazil, decisions delivered by the Supreme Federal Tribunal applying the concentrated method of judicial review of the constitutionality of laws normally have *ex tunc* or retroactive effects. Nevertheless, as pointed out by Thomas Bustamante:

“the Supreme Court may restrict the effects of the pronouncement of unconstitutionality of a law to deliver *ex nunc* or *pro futuro* decisions or even to determine that the pronouncement of unconstitutionality will produce effects only after a deadline to be set by the Court. There are, however, some requirements for delivering such manipulative decisions: (i) there must be reasons of legal certainty or of (ii) exceptional social interest and, apart from that, (iii) the restriction or the exception to the retroactive efficacy of the decision must be established by a vote of at least two thirds of the members of the Court (in its plenary sitting).”³⁸⁶

B. The Possibility of Retroactive Effects for *Ex Nunc* Constitutive Decisions

In the concentrated system of judicial review, the initial principle adopted according to Kelsen’s thoughts in the Austrian 1920 Constitution was the one of the constitutive effects of the constitutional courts decision annulling a statute, in the sense that its annulment, similar to the effects of the repeal, implied that the statute produced effects up to the moment in which its annulment was established.³⁸⁷ According to this rule, the statute whose nullity is declared and established is considered, in principle, by the Court as having been valid up to that moment. That is why in these cases the decision of the Court has *ex nunc* and *pro futuro* or prospective effects, in the sense that, in principle, they do not go back to the moment of the enactment of the statute considered unconstitutional, and the effects produced by the annulled statute until annulment are considered valid. The legislative act declared unconstitutional by the Constitutional Court in concentrated systems of judicial review, therefore, are considered a valid act until its annulment by the court, having produced complete effects until the moment when the court annuls it. Only

385 See María Fernanda Palma, “O legislador negativo e o interprete da Constituição,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, pp. 174, 329; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 174; Iván Escobar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 493; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, pp. 6.

386 See Law n° 9.882 of December 3, 1999: art. 11; and Law n° 9.868 of November 10, 1999: art. 27; in Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, *Brazilian National Report*, p. 26.

387 See Hans Kelsen, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y americana,” in *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional*, n° 12, Editorial Porrúa, Mexico 2009, pp.7-8..

the interested party that initiated a concrete case of judicial review of a legislative act (*Anlassfall*) can benefit from an exemption to the *ex nunc* rule.³⁸⁸ Nevertheless, only in Austria does the Court have powers to annul statutes or decrees already repealed, that consequently are without formal validity (Art. 139, 4; Art. 140, 4), which, in principle, supposes some retroactive effects of the judicial review and is an exception to the *ex nunc* effects.

Other countries that, though they follow the general principle of nonretroactive effects of annulments, have reached the same practical effects,³⁸⁹ even when the contrary (nonretroactive effect) is expressly established in the Constitution, as is the case in Italy with article 136 of the Constitution. The Constitutional Court has interpreted this provision in the sense that the declaration of unconstitutionality of a statute makes it inapplicable to all trials pending decision with *res judicata* force, in the same sense as if it were a *ius superveniens*.³⁹⁰ Nonetheless, regarding cases already decided, particularly in criminal cases, the retroactive effects of the annulment are accepted when a judicial condemnation has been pronounced on the basis of a statute declared unconstitutional, in which case its execution and its criminal effects must cease (Art. 30, Statute No. 87, 1953). Another indirect exception of the *ex nunc* effects of the decision results from the possibility of annulment of statutes already repealed.

In Spain, according to the provisions of the Constitution, the Constitutional Tribunal's declaration of unconstitutionality or declaration of nullity of a statute means its annulment, and the declaration has *ex nunc, pro futuro* effects.³⁹¹ That is why the Constitution expressly establishes that "the decisions already adopted in judicial proceedings will not lose their *res judicata* value" (article 161.1.a). The Organic Law of the Tribunal also establishes, "The decisions which declare the unconstitutionality of statutes, dispositions or acts with force of law[,] will not allow the review of judicial proceedings ended by decisions with *res judicata* force in which the unconstitutional act would have been applied" (article 40.1). However, as is the general trend in the concentrated system in granting nonretroactive effects to judicial review decisions, the exception to the *ex nunc* effects is established regarding criminal cases, where a limited retroactive effect is allowed and is extended to administrative justice decisions in cases of administrative sanction cases.³⁹²

388 See Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, pp. 7–8.

389 See Gianpaolo Parodi, *Italian National Report*, p. 13.

390 See Decision n° 3491, 1957. See the reference in F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional italiana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, p. 30.

391 See J. Arosemena Sierra, "El recurso de inconstitucionalidad," in *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, Vol. I, p. 171.

392 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 104–105, 126–127; Francisco Fernández Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas esterotipadas

A similar situation can be found in Peru, where the general principle established in article 204 of the Constitution and article 89 of the Constitutional Procedural Code is that the decisions annulling statutes have *pro futuro* effects and are not retroactive. Nonetheless, the same provisions of the Code as applied by the Constitutional Tribunal establish that, in taxation cases, the nullity can produce retroactive effects, which can also be determined by the Constitutional Tribunal.³⁹³ Regarding annulment of statutes in criminal matters, the same principle is also applied by interpretation of article 103 of the Constitution (principle of retroactivity of the law), which allows for the exceptional retroactive effects of the laws in criminal matters.³⁹⁴

In France, in the constitutional reform sanctioned on matters of judicial review in 2008 (Constitutional Law 2008-724, of July 23, 2008), it was established that the Constitutional Council's decisions declaring unconstitutional a provision according to article 61-1 of the Constitution are considered repealed since the publication of the decision, as the Constitutional Council is authorized to determine when and how the effects that the annulled provision has produced in the past can be affected.³⁹⁵

In the case of Croatia, where decisions of the Constitutional Court have *ex nunc* effect, the final judicial decisions for a criminal offense grounded on the legal provision that has been repealed due to its unconstitutionality do not produce legal effects from the day the Constitutional Court's decision takes effect, and the criminal judicial ruling may be changed by the appropriate application of the provisions in renewed criminal proceedings. Regarding noncriminal offence cases, since 2002, the right to demand the issuing of a new individual act or decision is conferred only to those individuals and legal persons who submitted to the Constitutional Court a proposal to review the constitutionality of the provision of a law. In such cases, the request for changing the individual act should be submitted within a term of six months from the publication of the Court's decision.³⁹⁶

In Serbia, the general principle of the effects of the Constitutional Court decisions when annulling a law are *ex nunc*. Nonetheless, there are some exceptions

vinculadas a ellas," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 192–194.

393 See Decision STC 0041-2004-AI/TC, FJ 70, in Domingo García Belaúnde and Gerardo Eto Cruz, "Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 281–282.

394 See Decision STC 0019-2005-AI/TC, FJ 52, in Domingo García Belaúnde and Gerardo Eto Cruz, "Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 281–283.

395 See Francisco Fernández Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 175.

396 See Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, p. 8.

to the *pro futuro* effects, as decisions can affect individual legal relationships retroactively. As referred to by Boško Tripković, the Court's decision can have retroactive consequences, although not *ex tunc*, in the sense that everyone whose right has been violated by a final or legally binding individual act adopted on the basis of a law determined unconstitutional by a decision of the Constitutional Court is entitled to demand from the competent authority a revision of that individual act. Nevertheless, this right to revision has certain restrictions: first, proposals for revision may be submitted within six months from the day of the publication of the Constitutional Court's decision in the *Official Gazette*; second, the revision is restricted to acts delivered within two years before the submission of the proposal or initiative for judicial review (Article 60 of the Law on Constitutional Court).³⁹⁷

In the Slovak Republic, article 41b of Act No. 38/1993 regulating the Proceedings before the Court states, as mentioned by Ján Svák and Lucia Berdisová, "if a judgment issued in a criminal proceeding based on the regulation that is in conformity with the Constitution has not been executed, then the ruling of the Constitutional Court on conformity is a reason for a retrial." The valid decisions issued in civil and administrative proceedings remains unaffected, but obligations imposed by such a decision cannot be subject to enforcement.³⁹⁸

The legislative provision does not clearly establish the *ex nunc* effects of the Constitutional Court's decision, as this is a matter in which the case law of the Constitutional Court has settled the rules to be applicable. In effect, in one case, the Constitutional Court had to decide whether it would protect legal certainty and thus not allow the retroactive effect of the ruling (decision on *ex nunc* effect) or would protect the principle of constitutionality and so not allow any application of the regulation that is known to be unconstitutional (decision on *ex tunc* effect); being both, the principle of legal certainty and the principle of constitutionality, fundamental principles of rule of law. Finally, the Constitutional Court decided that it would protect the principle of constitutionality because it was inadmissible to apply the principle of legal certainty absolutely, and it decided that the ruling had *ex tunc* substantive effect. This means that a judge of the ordinary court cannot apply a regulation that is in conformity with the Constitution. The Constitutional Court thus de facto set up a doctrine on the substantial effects of the rulings on conformity between legal regulation, which is not yet deeply developed.³⁹⁹

397 See Boško Tripković, *Serbian National Report*, p. 17.

398 See Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovak National Report*, p. 6. See also Decision III. ÚS 164/07. Id., p. 8.

399 In the opinion of Ján Svák and Lucia Berdisová, the Constitutional Court of the Czech Republic advocates a bit more "sophisticated" doctrine. That is, the court prefers *ex tunc* substantive effects of the rulings on conformity of legal regulation on the proceedings that are not validly decided only if the *ex nunc* effect would infringe the fundamental rights and freedoms of aggrieved persons. And so a judge of an ordinary court can apply unconstitutional regulation if the fundamental rights and freedoms will not be infringed. See, e.g., decision of the Constitutional Court of the Czech Republic n° IV.ÚS 1777/07 and other decisions mentioned there. See Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovak National Report*, p. 8 (footnote 11).

In other countries, the nonretroactive effects of annulment have been expressly established in the Constitutions, without the aforementioned exception, as in the case of Ecuador⁴⁰⁰ and Chile.⁴⁰¹

In Bolivia, the same principle of the *ex nunc* effects of the Constitutional Tribunal decisions annulling a statute applies but with the exception regarding cases of formal *res judicata* and on criminal matters if the retroactivity affects harms the legal situation of the condemned.⁴⁰² In Nicaragua, article 182 of the Constitution assigns retroactive effects to the annulment decisions of statutes by the Supreme Court, although on matters of amparo, the same Constitution produces only *pro futuro* effects.⁴⁰³

In many other cases, like in Venezuela, although the general rule in principle has been *ex nunc*, nonretroactive effects of the Constitutional Chamber's decisions annulling statutes, the Law on the Supreme Tribunal expressly leaves to the Constitutional Chamber the power to determine the temporal effects of its judicial review decisions, which depending on the case, can have retroactive effects or not.⁴⁰⁴ The same occurs in Brazil, where the Constitution empowers the Federal Constitutional Tribunal to always decide the temporal effects of its decisions and to determine when they begin,⁴⁰⁵ and in Costa Rica, where, to sustain legal security, the Law on the Constitutional Jurisdiction empowered the Constitutional Chamber of the Supreme Court to determine the temporal effects of the judicial review decision.

400 See Hernán Salgado Pesantes, "Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional del Ecuador," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 362.

401 Art. 94.3. See Humberto Nogueira Alcalá, "La sentencia constitucional en Chile: Aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 297.

402 See Decision S.C 1426/2005-R of November 8, 2005, in Pablo Dermisaky Peredo, "Efectos de las sentencias constitucionales en Bolivia," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 86.

403 See Iván Escobar Fornos, "Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 101.

404 See Allan R. Brewer-Carías, "Algunas consideraciones sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales en el derecho venezolano," in *Revista de Administración Pública*, nº 76, Madrid 1975, pp. 419–446; Brewer-Carías, *Justicia constitucional: Procesos y procedimientos constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2007, pp. 343 ff.

405 See Jairo Gilberto Schäfer and Vânia Hack de Almeida, "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a possibilidade de modular os efeitos de decisão de inconstitucionalidade," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 383–384.

In Mexico, the exception to the nonretroactive effects of Supreme Court decisions annulling statutes refer to criminal matters when it benefits the prosecuted.⁴⁰⁶

In Colombia, the Law regulating the Judicial Power (article 45) provided that the Constitutional Court decisions have *pro futuro* effects, except if the Court decided the contrary. In addition, article 51 of Law No. 1836 of the Constitutional Court prevented the Court from giving retroactive effects to its decisions, if they were to affect formal *res judicata*,⁴⁰⁷ a provision that the Court declared unconstitutional because it limited its functions. The Court argued that, according to the Constitution, the Court is the sole arbiter to determine the effects of its own decisions.⁴⁰⁸ Consequently, the Constitutional Court has the powers to determine the temporal effects of its own decisions and, for instance, to give retroactive effects to them, a matter that it has found that not even the Legislator can regulate.

3. *The Power of Constitutional Courts to Revive Repealed Legislation*

As a matter of principle, as Hans Kelsen wrote in 1928, judicial review decisions declaring null a statutory provision adopted by a Constitutional Court do not imply the revival of the former legislation that the annulled statute repeals; that is, they do not reestablish the legislation already repealed.⁴⁰⁹ Nonetheless, the contrary principle is the one applied in Portugal, where the declaration of unconstitutionality with general binding force has negative force of law, as it directly annuls the unconstitutional rule, thus producing as a consequence that “the legal provisions which had been amended or repealed by the norm declared unconstitutional are revived from the date on which the decision of the Constitutional Court becomes effective, unless the Constitutional Court determines otherwise (article 282 (1 and 4) of the Constitution.”⁴¹⁰ In Belgium, the revival of

406 See Tesis Jurisprudencial P/J. 74/79, in Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer MacGregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City 2009, p. 69; and “Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 248.

407 See Humberto Nogueira Alcalá, “La sentencia constitucional en Chile: Aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 297.

408 See Decision C-113 of 1993, in Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 112; and in *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 511.

409 See Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2001, p. 84.

410 See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, pp. 6–7; and Jairo Gilberto Schäfer and Vânia Hack de Almeida, “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a possibilidade de modular os efeitos de decisão de inconstitucionalidade,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia*

the repealed legal provisions as a consequence of the annulment of a statute is the general rule.⁴¹¹ In Austria, the annulment of statutes by the Constitutional Court can have the consequence that other statutes previously repealed by the annulled one will restart their validity beginning on the day in which the annulment is effective, unless the Tribunal decides otherwise (Article 140.6).

This is a matter that in other countries has been decided by the Constitutional Tribunal. For instance, in Poland, in a decision concerning pension regulation, the Constitutional Tribunal directly ordered the restoration of the provision that had earlier been in force and did not contain elements considered unconstitutional.⁴¹² In Mexico, the Supreme Tribunal has decided, particularly in electoral matters, that the nullity of a statute implies the revival of the legislation that was in force before the annulled statute was sanctioned. The decision was adopted to avoid a legislative vacuum, which could affect the legal security on the matter.⁴¹³ In Costa Rica, the Constitutional Chamber, when annulling statutes on forestry, tenancy, and monetary matters, decided to revive the legislation that the annulled statute had repealed.⁴¹⁴

IV. THE DEFORMATION OF THE INTERPRETATIVE PRINCIPLE: CONSTITUTIONAL COURTS' REFORMING OF STATUTES AND INTERPRETING THEM WITHOUT INTERPRETING THE CONSTITUTION

Constitutional courts are interpreters of the Constitution, not interpreters of statutes, except when they do so in connection or in contrast with the Constitution. That is, constitutional courts can only interpret statutes when interpreting the Constitution, to declare a statute unconstitutional, to reject its alleged unconstitutionality, or to establish an interpretation of the statute according to or in harmony with the Constitution. That is, when interpreting statutes, the Constitutional Court is always obliged to do so by interpreting the Constitution, as their function is

Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 377.

411 See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 280, 281, 436–437.

412 Decision of 20 December 1999, K 4/99; Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 5 (footnote 12).

413 See Tesis Jurisprudencial P./J. 86/2007, SJFG, Vol. 26, December 2007, p. 778. See the reference in Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City 2009, pp. 63–64, 74; and “Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 252.

414 See Iván Escobar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 513; and in “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 114.

not to interpret statutes in isolation, without any interpretation of the Constitution, as this last task generally corresponds to ordinary courts.

As Iván Escobar Fornos has pointed out, “a constitutional judge cannot interpret or correct a statute unless it is done regarding its constitutionality; corresponding the task of interpreting the law to ordinary courts.”⁴¹⁵ In such cases, constitutional courts interpret the Constitution and the law, but the sole interpretation of a statute when no interpretation of the Constitution is made is no more than a legislative reform of a statute by the Constitutional Court.

As explained by Francisco Díaz Revorio:

“In order for an interpretative decision to be within the functions of the constitutional court, it is necessary that the interpretation, or the normative content that the constitutional court establishes in harmony with the Constitution, be really the consequence of the constitutional requirement, and the result of a “new” provision without constitutional foundation.”⁴¹⁶

In the same sense, it must be emphasized that constitutional courts are not allowed to create law *ex novo* or to reform statutes, even in matters of judicial review. As the Constitutional Tribunal of Bolivia said in 2005, constitutional courts:

“only establish the sense and scope of legal provisions, without creating or modifying a new legal text. In this sense, the provision interpreted by the Courts does not constitute itself in a new legal provision, due to the fact that the judicial authority by means of interpretation does not create different provisions.”⁴¹⁷

In the same sense, the Constitutional Tribunal of Peru has said:

“[I]n a different way as the Congress that can *ex novo* create law within the constitutional framework, the interpretative decisions [of the Constitutional Tribunal] can only determine a provision of law from a direct derivation of constitutional provisions as a *secundum constitutionem* interpretation.”⁴¹⁸

Nonetheless, despite these self-imposed limits, in many cases, a clear interference of the constitutional courts regarding legislative functions, surpassing the assistance or cooperative framework, has ended in extending the text of the interpreted statutes far beyond its literal meaning, modifying the intention or

415 See Iván Escobar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 497; and “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 104.

416 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 296–297.

417 See Decision S.C 1426/2005-R. of November 8, 2005, in Pablo Dermizaky Peredo, “Efectos de las sentencias constitucionales en Bolivia,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 86.

418 See Decision of February 2, 2006. STC 0030-2005; Fernán Altuve Febres, *Peruvian National Report II*, pp. 27–28.

purpose of the original legislator, which are the two main limits of interpretative decisions.⁴¹⁹ Consequently, in many cases, interpretative decisions adopted by constitutional courts have hidden decisions of clear normative content;⁴²⁰ in them, the Constitutional Court assumes a clear role as positive legislator and even denaturalizes the will of the Legislator. This has been noticed, for instance, in Germany⁴²¹ and in Spain.

Referring to the Spanish Constitutional Tribunal's practice of interpreting statutes according to the Constitution, Francisco Fernández Segado has highlighted its "abusive and perverted use," as in decision STC101/2008 of July 24, 2008,⁴²² where the Tribunal decided an action of unconstitutionality of an article of the Regulation of the Senate, reformed in 2007, after the reform of the Organic Law 6/2007 of the Tribunal. In the latter, a new procedure was established for the appointment by the King of the Members of the Constitutional Tribunal (article 16.1), which stated: "The Magistrates proposed by the Senate will be selected among the candidates nominated by the Legislative Assemblies of the Autonomous Communities in the terms provided by the Regulation of the Chamber [Senate]." The statute's provision was binding in that the Senate, in such case, has no discretion in the selection of the four candidates it must select, which ought to be selected among those nominated by the Autonomous Communities. Nonetheless, an exception was introduced in the Senate's Regulation (article 184.b) allowing the Senate to choose the candidate only when the said Legislative Assemblies would not propose "enough candidates" (*candidatos suficientes*) in the prescribed term, a condition hardly to be applied because in Spain there are exist seventeen Legislative Assemblies, each of which can propose up to two candidates each (a total of thirty-four candidates).⁴²³ Eventually, when deciding the action of unconstitutionality, the Tribunal dismissed it, changing the unequivocal will expressed by the Legislator, and established that the expression "enough candidates" referred not only to a numerical matter but also to a subjective matter regarding the suitability (*idoneidad*) of the candidates according to their evaluation by the Senate. This allowed the parliamentary groups of the Senate to propose candidates in a way contradicting the provision of article 26.1 of the Organic Law of the Tribunal.

419 See Francisco Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 20.

420 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 97.

421 See, e.g., Helmut Simón, "La jurisdicción constitucional," in Benda et al., *Manual de derecho constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid 1996, pp. 853–854.

422 See Francisco Fernández Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 167.

423 That is why Francisco Fernández Segado considers it a case of "science fiction," in Francisco Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 35.

That is, through an interpretative decision, the Constitutional Court produced a new norm *contra legem*.⁴²⁴

A case of this sort – also a case of the pathology of judicial review – can also be identified in Venezuela. In effect, according to Articles 335 and 336 of the Constitution, the Supreme Tribunal is the “highest and final interpreter” of the Constitution, as its role is to ensure a “uniform interpretation and application” of the Constitution and “the supremacy and effectiveness of constitutional norms and principles.” For such purpose, the 1999 Constitution created the Constitutional Chamber within the Supreme Tribunal, as constitutional jurisdiction (Articles 266,1 and 262), with the exclusive powers to annul statutes (Article 334). To implement the concentrated method of judicial review, the Constitution provides for different means or recourse to the courts, including the popular action for unconstitutionality of statutes, which any citizen can file directly before the Constitutional Division.

In addition, as argued herein, the Constitutional Chamber, without any constitutional or legal support, created in Decision 1077 of September 22, 2000,⁴²⁵ a recourse for the abstract interpretation of the Constitution, through which any citizen, including public Officers and the Attorney General, can fill a petition to obtain from the Supreme Tribunal a declarative ruling to clarify the content of legal or constitutional provisions. In these cases, the Constitutional Chamber can establish binding interpretations of the Constitution and of a provision of a statute related to the interpretation of the Constitution, but it is not empowered to establish in isolation binding interpretations of statutory provisions without any parallel interpretation of a constitutional provision. That is, a petition of interpretation regarding a particular statute must be filed only before the Politico-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal or the other Chambers; it cannot be filed before the Constitutional Chamber. Consequently, the latter cannot issue interpretations of a statute without interpreting the Constitution; if it does, it is illegitimately interpreting the Constitution.

Nonetheless, the latter occurred in Venezuela, with Decision No. 1541 of June 14, 2008 of the Constitutional Chamber.⁴²⁶ In that case, a petition to interpret article 258 of the Constitution, filed by the Attorney General of the Republic, the Constitutional Chamber without interpreting such provision – which needed no interpretation at all – decided to interpret article 22 of the 1999 Protection and Promotion of the Investment Law, according to the sense that the Attorney General proposed and asked, that is, to deny that such article contained a general open offer of consent given by the Venezuelan State to submit disputes regarding investment to international arbitration. Article 258 of the Constitution, whose “interpretation” was requested, in fact and legally, required no interpretation at all. It states: “The law

424 See the comments in Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*, Ed. Dykingson, Madrid 2009, Vol. III, pp. 1031 ff.; F. Fernández Segado, Spanish National Report, pp. 35–38.

425 See Decision n° 1,077 of September 22, 2000, Servio Tulio León Briceño case, in *Revista de Derecho Público*, n° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ff.

426 See Decision 1541 of June 14, 2008, in *Official Gazette* n° 39055 of October 17, 2008.

shall promote arbitration, conciliation, mediation and any other alternative means of dispute resolution.” As there is nothing obscure, ambiguous, or inoperative in this provision, it is obvious that the real purpose of the official petition of constitutional interpretation filed by the representative of the Executive was not to obtain a clarifying interpretation of Article 258 of the Constitution, but to obtain an interpretation of Article 22 of the Investment Law so that it would not contain the State’s unilateral consent for international arbitration. In particular, the Attorney General requested from the Constitutional Chamber a declaration that “Article 22 of the ‘Investment Law’ may not be interpreted in the sense that it constitutes the consent of the State to be subjected to international arbitration” and “that Article 22 of the Investment Law does not contain a unilateral arbitration offer, in other words, it does not overrule the absence of an express declaration made in writing by the Venezuelan authorities to submit to international arbitration, nor has this declaration been made in any bilateral agreement expressly containing such a provision.”⁴²⁷ As was said in the Dissent Vote in the decision, the petition of interpretation eventually had the purpose of obtaining from the Constitutional Chamber a “legal opinion” by means of a priori judicial review, which does not exist in Venezuela, thus implying the exercise of a “legislative function” by the Constitutional Chamber.⁴²⁸

In another case decided by the same Constitutional Chamber, by means of Decision No. 511 of April 5, 2004,⁴²⁹ the Court established ex officio, that is, without any relation with the particular case at hand, the rules of procedure applicable in the proceedings to be followed by any of the other Chambers of the Supreme Tribunal of Justice when they decide to assume or take over any judicial cause and process from lower courts for their decision (*avocamiento*) at the Supreme Tribunal. In this case, the Chamber did not interpret any constitutional provision, because this exceptional takeover proceeding (*avocamiento*) regarding cases from lower courts is not a constitutional institution and is regulated only in the Organic Law of the Supreme Tribunal. Thus, usurping legislative functions in this case, the Constitutional Court acted as a direct and ex officio positive legislator and created rules of procedure without interpreting the Constitution.

Nonetheless, the extreme case of the pathology of judicial review regarding the relation of constitutional courts with the Legislator and its existing legislation occurs when the former proceeds to “reform” pieces of legislation, openly acting as positive legislator. In effect, one of the most elemental principles in constitutional law is that statutes can be reformed only by other statutes, and consequently, only the Legislator’s action can reform statutes. The contrary would be an action contrary to the Constitution, whether it is the Executive that pretends to reform acts of Parliament or any other organ of the State different from the Legislator itself.

In this regard, one of the most astonishing decisions issued by the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Tribunal of Justice to “reform”

427 Id.

428 Id.

429 See Decision n° 511 of April 5, 2004, *Maira Rincón Lugo* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/511-050404-04-0418..%20.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 18–19.

statutes was issued in 2007. Here, the Chamber, *ex officio* and in *obiter dictum*, regarding a provision of the Income Tax Law that in the particular case it was resolving and was not even challenged on unconstitutional grounds, decided to reform that law. In effect, in Decision No. 301 of February 27, 2007,⁴³⁰ after rejecting a popular action of unconstitutionality filed in 2001 against articles 67, 68, 69, 72, 74, and 79 of the 1999 Income Tax Law,⁴³¹ because of the petitioners' lack of standing, instead of sending the file to the general court's Archives, the Chamber proceeded, after deciding the inadmissibility of the action, and without any judicial debate or discussion on the issue, to reform *ex officio* another article of the Law (article 31), which had not even been challenged by petitioners.

The decision provoked bitter protests in public opinion and in the National Assembly, which, in a unanimous resolution, "categorically rejected" the Constitutional Chamber's decision, considering it "unconstitutional, contrary to the social and collective fundamental rights and social ethics," and declared it "without any legal effects." In addition, the National Assembly publicly praised for the disobedience of the Chamber decision, and "exhorted the Venezuelan people and specifically, the tax payers, as well as the National Taxation Service (*Seniat*) to continue with the process of tax returns as it is established in the statute."⁴³² The Vice President of the National Assembly qualified the Chamber decision reforming an article of the Income Tax Law as one in which the Constitutional Jurisdiction "usurped legislative powers."⁴³³ In fact, in this case, the Constitutional Chamber usurped the legislative function by reforming an article of the Tax Law in an *obiter dictum* of a decision in which the Chamber declared inadmissible an action of unconstitutionality filed against other articles of the same Taxation Law.⁴³⁴

Many other decisions of the Constitutional Chamber reforming provisions of legislation have been issued during the past decade, for instance on matters of procedural terms applicable in civil procedure trials: the Chamber partially annulled a provision of the Civil Procedural Law and created new wording that establishes a different way of counting procedural terms.⁴³⁵ On the same matters of procedural

430 See *Adriana Vigilancia y Carlos A. Vecchio* case, Exp. n° 01-2862; *Gaceta Oficial* n° 38.635 of March 1, 2007, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/301-270207-01-2862.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 22–23.

431 See Decree Law n° 307, *Gaceta Oficial* n° 5.390 Extra. of October 22, 1999.

432 See in *Gaceta Oficial* n° 38.651 March 26, 2007.

433 Resolution of March 22, 2007; *El Universal*, Caracas March 23, 2007, p. 1–1; *El Nacional*, Caracas, March 23, 2007, p. 4.

434 See the general comment on this decision in Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional en Venezuela como legislador positivo de oficio en materia tributaria," in *Revista de Derecho Público*, n° 109, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 193–212.

435 See Decision n° 80 of February 1, 2001, case Article 197 of the Civil Procedural Code; in *Revista de Derecho Público*, n° 85–89, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 90 ff., at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/80-010201-00-1435%20.htm>. See the comments in Allan R. Brewer-Carías, "Los primeros pasos de la

terms applicable in criminal procedure trials, the Court modified the Criminal Procedure Code to establish a new way of counting the terms but without annulling the provision.⁴³⁶ On matters of judicial holidays established in the same Civil Procedural Code, the Court partially annulled the specific provision of the Code eliminating one of the two holiday terms established in it, thus usurping the discretionary options to be established on the matter in legislation that is attributed to the National Assembly.⁴³⁷ In other cases, also regarding procedural rules, when deciding a nullity action against provisions of the Rural Land Law, in which the notice to the interested parties to participate in the respective trial was established by a publication in newspapers, the Court reformed the provisions by adding that the notice was also to be delivered personally to interested parties.⁴³⁸

In other cases, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal has “reformed” the Amparo Law, establishing a new procedure to be applied in the amparo proceedings, and the same Organic Law of the Supreme Tribunal establishes a new set of procedural rules to be applied in judicial review, assuming an active role as positive legislator. In effect, in the first two decisions the Constitutional Chamber adopted after its installment in 2000, the Chamber modified, *ex officio*, articles 7 and 8 of the Organic Law on Amparo, redistributing the competencies of the courts, including its own competencies on matter of amparo,⁴³⁹ that is, to decide the specific action or complaint for the protection of fundamental rights. Since then, such competencies have been ruled by the Chamber’s decision, not by what is provided for in the Organic Law. Another notorious case was Decision No. 7 of

Jurisdicción Constitucional como ‘legislador positivo’ violando la Constitución, y el régimen legal de cómputo de los lapsos procesales,” in *Crónica sobre la “in” justicia constitucional: La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, n° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 511 ff. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 24.

- 436 See Decision n° 2560 of August 5, 2005, *Article 172 of the Organic Civil Criminal Code* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/2560-050805-03-1309.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 21–22.
- 437 See Decision n° 1264 of June 11, 2002, *Article 201 of the Civil Procedure Code* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1264-110602-00-1281.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 24–25.
- 438 See Decision n° 2855 of November 20, 2002, *Articles 40 and 42 of the Rural Land Law* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2855-201102-02-0311..htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 21.
- 439 See Decision n° 1, *Emery Mata Millán* case, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/01-200100-00-002.htm>; and Decision n° 2, of January 20, 2000, *Domingo Ramírez Monja* case, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/02-200100-00-001.htm>; in *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 225 ff. and 235 ff. See Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 12.

February 1, 2000,⁴⁴⁰ where the Chamber, on the occasion of ruling in a particular case of amparo, also in an obiter dictum and ex officio, by means of interpreting articles 27 and 49 of the Constitution that establish the oral trial in the amparo proceeding for the protection of fundamental rights and the basic rules of due process, decided to “adapt” the 1988 Amparo Law to the new 1999 Constitution, completely “reforming” the law by establishing a completely new set of rules of procedure that since have been applied in all amparo cases. The ones established in the Amparo Law have not been applied, though that law remains “in effect” without having been annulled or repealed.⁴⁴¹ Without doubt, in this case, the Chamber exceeded its functions as the highest interpreter of the Constitution and openly proceeded as a positive legislator, “reforming” the text of a statute.⁴⁴² Consequently, since 2000, on matters of amparo procedure and of distribution of jurisdiction between the different courts, the applicable “law” in Venezuela is decision N° 7 of 2000 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal that “reformed” the 1988 Amparo Law.⁴⁴³

Another decision of the Constitutional Chamber reforming statutes has been issued regarding the rules of procedure concerning actions for judicial review of the constitutionality of statutes. The Organic Law on the Supreme Tribunal of Justice was sanctioned by the National Assembly in 2004, establishing the rules of procedure regarding actions filed before the Court claiming for the nullity of statutes (article 21.9 ff.). In Decision N° 1645 of August 19, 2004, a few months after the publication of the Organic Law, the Constitutional Chamber, without declaring any statutory provision unconstitutional, in exercising its normative jurisdiction,

440 Case: José A. Mejía y otros, *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 349 ff. See also <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/07-010200-00-0010.htm>; Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 4–5.

441 See Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 5.

442 See the general comment on this decision in Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo mediante sentencias interpretativas,” in Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2008, Vol. V, pp. 63–80.

443 See Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, “El procedimiento de Amparo Constitucional, según la sentencia n° 7 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 01 de febrero de 2000. Caso *José Amando Mejía Betancourt y José Sánchez Villavicencio*,” in *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, n° 8, Caracas 2003, pp. 139–176; María Elena Toro Dupuy, “El procedimiento de amparo en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Años 2000–2002),” *Revista de Derecho Constitucional*, n° 6, Editorial Sherwood, Caracas 2003, pp. 241–256.

proceeded to reform the new law and to establish a completely new judicial procedure.⁴⁴⁴

CHAPTER 4

CONSTITUTIONAL COURTS' INTERFERENCE WITH THE LEGISLATOR REGARDING LEGISLATIVE OMISSIONS

As aforementioned, one of the most important contemporary trends in the transformation of judicial review of legislation, particularly in concentrated systems, has been the development of the possibility for constitutional courts to exercise their power to control the constitutionality of statutes, interpreting them according to the Constitution without being obliged to decide on the nullity of the unconstitutional provisions.

The same sort of control is also exercised regarding the constitutionality of the conduct of the Legislator, not related to statutes duly enacted, but regarding the absence of such statutes or the omissions the statutes contain when the Legislator does not comply with its constitutional obligation to legislate on specific matters or when the Legislator has passed legislation in an incomplete or discriminatory way. It is important to highlight in all these cases that judicial review decisions adopted by constitutional courts are issued completely separate from the need to annul existing statutes, as it is impossible in these cases to characterize the constitutional courts as negative legislators. On the contrary, in many of these cases, constitutional courts act openly as positive legislators, often with the possibility to issue declarations of unconstitutionality of certain legal provisions without annulling them. In some ways, this is similar to what occurs in diffuse systems of judicial review, where the courts have no power at all to annul statutes.

Two sorts of legislative omissions can generally be distinguished: absolute and relative omissions.⁴⁴⁵ Absolute omissions exist in cases of the absence of any legislative provision adopted with the purpose of applying the Constitution or

444 See Decision 1645 of August 19, 2004, *Gregorio Pérez Vargas* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1645-190804-04-0824.htm>. This decision was ratified and complemented with new procedural rules in Decision 1795 of July 19, 2005. Promotora San Gabriel case, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1795-190705-05-0159.htm>; Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 10. See the comments in Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

445 See José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 33, 114 ff. According to Thomas Bustamante, “While a complete omission takes place when the legislator does not produce any law although there is a genuine constitutional obligation of regulating some constitutional issue, a partial omission occurs when the legislative authority regulates a situation in an unconstitutional way because it does not cover situations that should have been included in the statute.” See Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, *Brazilian National Report*, p. 11.

executing a constitutional provision, in which case a situation contrary to the Constitution is created. Relative omissions exist when legislation has been enacted but in a partial, incomplete, or defective way from the constitutional point of view. As pointed out by Luís Fernández Revorio, absolute omissions are related to the “silences of the legislator” that create situations contrary to the Constitution; relative omissions are related to the “silences of the statutes,” which also create the same unconstitutional situation.⁴⁴⁶

Both sorts of legislative omissions have been subjected to judicial review by constitutional courts, though not uniformly.

I. CONSTITUTIONAL COURTS’ FILLING THE GAP OF ABSOLUTE LEGISLATIVE OMISSIONS

Regarding judicial review of absolute legislative omissions, the matter can be decided by the constitutional courts through two judicial means: when deciding a direct action for the unconstitutionality of an omission by the Legislator and when deciding a particular action or complaint for the protection of fundamental rights filed against an omission of the Legislator that prevents the possibility of enforcing such right.

1. *Direct Action against Absolute Legislative Omissions*

The origin of the direct action seeking judicial review of unconstitutional absolute legislative omissions is found in the 1974 Constitution of the former Yugoslavia, which assigned the Constitutional Guaranties Tribunal the power to decide on cases of lack of legislative development of constitutional provisions that impeded the complete execution of the Constitution (article 377).⁴⁴⁷

Two years later, and influenced by the former Yugoslavian institution,⁴⁴⁸ the direct action against absolute legislative omissions was incorporated in the 1976 Constitution of Portugal. It assigned the Council of the Revolution, as a political organ assisting the President of the Republic, the necessary powers to verify failures of the Legislator to comply with the Constitution by enacting the necessary statutes to implement the provisions of the new Constitution (article 279, Constitution).⁴⁴⁹

446 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, p. 171.

447 See José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 244–246.

448 See Jorge Campinos, “Brevisimas notas sobre a fiscalização da constitucionalidade des leis em Portugal,” in Giorgio Lombardi (coord.), *Constituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini 1985; and *La Constitution portugaise de 1976 et sa garantie*, Universidad Nacional Autónoma de México, Congreso sobre La Constitución y su Defensa (mimeo), Mexico City, August 1982, p. 42.

449 See generally Jorge Miranda, “L’inconstitucionalité par omisión dans le droit portugais,” in *Revue Européene de Droit Public*, Vol. 4, n° 1, 1992, pp. 39 ff.; José

and particularly in view of changing prerevolutionary legislation and implementing legislative provisions of the Constitution than banned organizations with fascist ideology.⁴⁵⁰

Up to the sanctioning of the 1982 First Revision of the Constitution, which definitively established this “constitutional control of omission,” control of absolute omissions was exercised by the then Council of the Revolution in two occasions and basically as a political means of control.⁴⁵¹ In 1977, through *Parecer* 8/1977 of March 3, 1977, the Council “recommended” that the Assembly of the Republic adopt legislative measures to enforce Article 46.4 of the 1976 Constitution regarding organizations with fascist ideology, establishing as the main condition for the exercise of such control, first, that the constitutional norm could not be self-executing (i.e., it could not require implementation to be applied), and second, that the competent body to adopt the legislative measures must have violated its obligation of issuing legislative provisions to a degree that it obstructed the observance of the Constitution by the very party for whom the constitutional obligation was intended.⁴⁵²

In a second case, in *Parecer* 11/1977, April 14, 1978, the Council of the Revolution recommended that the competent legislative bodies adopt legislative measures to guarantee the applicability of Article 53 of the Constitution to domestic servants, conferring to those workers the right to rest and to recreation by limiting the length of the workday and establishing the weekly rest period as well as periodic paid holidays. On this second occasion, the essential contribution of the decision was the extensive interpretation of the Constitutional Commission regarding the initiative to request control of the omission.⁴⁵³

Following these previous experiences on judicial review, the 1982 Constitution created the Constitutional Tribunal and established its power to exercise judicial review of legislative omissions regarding the enactment of provisions necessary to make enforceable constitutional mandates (article 283). The standing to sue in these cases was given to the President of the Republic or the Ombudsman at the national level, and to the Presidents of the Regional Assemblies in cases of violation of the rights of the autonomous regions. The decisions of the Tribunal in these cases are only of declarative character and with nonbinding effects, so the Court “cannot

Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 249 ff.

450 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 257–260.

451 See M. Gonzalo, “Portugal; El Consejo de la Revolución, su Comisión Constitucional y los Tribunales ordinarios como órganos de control de la constitucionalidad,” in *Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales*, 8, Madrid 1981, pp. 630, 640.

452 See José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 265–266.

453 See José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 265–266.

substitute itself for the legislator by creating the missing rules nor can it urge them to act by indicating the timing for or the content of such action.”⁴⁵⁴ In these cases of judicial decisions on legislative omissions, the Tribunal can only inform the competent legislative organ of its findings.

The Portuguese Constitutional Tribunal issued only seven important decisions exercising this judicial review mean of control of legislative omissions.⁴⁵⁵ Its first decision was Decision No. 182/1989 of February 1, 1989, on the noncompliance of article 35.4 of the Constitution on the use of computers and the prohibition of third-party access to files containing personal data, given the lack of a legislative measure defining personal data.⁴⁵⁶ Another case was Decision No. 474/2002, on the noncompliance of article 59.1-e of the Constitution, given the omission of legislative measures needed to provide social benefits for Public Administration workers who involuntarily found themselves unemployed.⁴⁵⁷ In both cases, although the Legislator is not constitutionally obliged to initiate any legislative procedure, the result of the Tribunal’s decision was the sanctioning of the needed legislation (Law 10/91 and Law 11/2008).⁴⁵⁸

After the Portuguese constitutional experience, the direct action for judicial review of absolute unconstitutional legislative omissions has been established in only some other countries, mainly in Latin America, including Brazil, Ecuador, and Venezuela.

The first country to follow the Portuguese trends on the matter was Brazil, where judicial review of absolute legislative omissions through a direct action was incorporated in the 1988 Constitution (Articles 102.I.a and 103), which gave power to the Federal Supreme Tribunal to decide the actions filed against the unconstitutionality of legislative omissions, thus impeding the enforcement of a constitutional provision. In this case, also, the action can be filed only by a limited number of State officials or organs, namely the President of the Republic, the Board of the Federal Senate, and the Board of the House of Representatives, and the Board of a Legislative Assembly of a State.

The ruling of the Tribunal declaring unconstitutional a legislative omission to enforce a provision of the Constitution does so without annulling any act and without issuing a direct order to Congress. The Tribunal only must inform the

454 See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, pp. 10–11.

455 See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 10.

456 See José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 268–269; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 10.

457 See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, p. 10.

458 See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, *Portuguese National Report*, pp. 10–11.

competent organ for it to adopt the necessary measures. In this sense, in a case of an action intended to establish that the value of the minimum wage was unconstitutional because it could not meet the basic needs of a person, the Supreme Federal Tribunal held that, while deciding on these omissive actions, “the Supreme Court can do no more than notify the competent legislative body which should have enacted a normative act, in order to make this body of the Republic aware of the unconstitutionality and to enable it to regulate the matter required by the Constitution, without the interference of the Judiciary.”⁴⁵⁹ Consequently, the judicial decision in these cases is also declarative, without *erga omnes* and binding effects.⁴⁶⁰

In contrast, in many cases, the Federal Supreme Court has stipulated a deadline for the omission to be filled and has established the self-applicability of the constitutional rule in the event the deadline expired.⁴⁶¹ For instance, in the action filed by the Mato Grosso State Legislature against the unconstitutionality of the omission by the National Congress in drafting the federal supplementary law referred to by Section 4 of Article 18 of the Constitution –related to the creation, merger, consolidation, and subdivision of Municipalities– the Tribunal stipulated a deadline of eighteen months for it to take all the legislative steps necessary to comply with the constitutional provision.⁴⁶²

Another Latin American country that has adopted the system of judicial review of absolute legislative omissions is Venezuela, which, in article 336.7 of the 1999 Constitution has empowered the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice to declare the unconstitutionality of municipal, state, or national legislative organ omissions, when they failed to issue indispensable rules or measures to guarantee the enforcement of the Constitution, or when they issued them in an incomplete way; and to establish the terms, and if necessary, the guidelines for their correction.

This provision gave extended judicial power to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, as Constitutional Jurisdiction, to control “legislative silence

459 See STF, ADI 1439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30-5-2003, in Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, *Brazilian National Report*, p. 12.

460 See Marcia Rodrigues Machado, “Inconstitucionalidade por omissão,” in *Revista da Procuradoria Greal de São Paulo*, n° 30, 1988, pp. 41 ff.; Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City 2009, pp. 38–39; José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 285; Marcelo Figueredo, *Brazilian National Report II*, p. 3.

461 See Marcelo Figueredo, *Brazilian National Report II*, p. 4.

462 See ADI 3682/MT, May 9, 2007, in Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, *Brazilian National Report*, p. 12; Marcelo Figueredo, *Brazilian National Report II*, p. 7.

and legislative abnormal functioning,”⁴⁶³ surpassing the trends of the Portuguese and Brazilian antecedents, first, by not limiting the standing to file the action to high public officials but configuring it as an *actio popularis*, and second, by granting express powers to the Court to establish the terms and, if necessary, the guidelines for the correction of the omission.

In many cases, the Constitutional Chamber has been asked to rule on omissions of the National Assembly in sanctioning statutes that it is obliged to enact within a fixed term established in the 1999 Constitution – for instance, the Organic Law on Municipal Power was due to be sanctioned within two years following the approval of the Constitution. Even though the Chamber issued two decisions in the case,⁴⁶⁴ the National Assembly failed to adjust the statute until 2005.⁴⁶⁵ In these cases, as it is the general situation regarding constitutional control of legislative omissions, the Constitutional Chamber had not itself become a positive legislator and abstained from deciding in place of the legislative body, that is, it had not legislated itself. Nonetheless, according to the Constitution, the Constitutional Chamber always has the power when declaring the unconstitutionality of a legislative omission “to establish the terms” of the statute to be sanctioned “and[,] if necessary, the guidelines” for the correction of the legislative omissions. That is why, in other cases, the Constitutional Chamber has issued provisional legislation filling the existing vacuum on, for instance, tax matters related to the distribution of competencies between the National and the State level of governments. It occurred when deciding a conflict between the national Law on Tax Stamps and the Ordinance on Tax Stamps of the Metropolitan District of Caracas, by resolving in Decision No. 978 of April 2003⁴⁶⁶ to establish the legal regime as strictly applicable on the matter pending the issue of the national legislation on the coordination of tax competencies (article 164.4 of the Constitution).

In addition, in Venezuela, the Constitutional Chamber has been asked to decide not only cases of absolute omissions of the National Assembly to enact statutes that it had the constitutional obligation to sanction, but also other nonnormative acts that the National Assembly must adopt. This was the case, for instance, of the appointment of the members of the National Electoral Council, which the National Assembly must do by a majority of two-thirds of the representatives following a

463 See decision of the Political-Administrative Chamber n° 1819 of August 8, 2000, case: *Rene Molina v. Comisión Legislativa Nacional*.

464 See decisions of the Constitutional Chamber n° 1347 of May 27, 2003; n° 3118 of October 6, 2003 in *Revista de Derecho Público*, n° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 108 ff. and 527 ff.; and n° 1043 of May 31, 2004, in *Revista de Derecho Público*, n° 97–98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 270 ff. and 409 ff.

465 The Organic Law was published in *Official Gazette* n° 38327 of December 2, 2005. See the reference in Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, p. 17.

466 Decision n° 978 of April 30, 2003, *Banco Bolívar* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/978-300403-01-1535%20.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 17-18.

complex procedure involving civil society and citizen participation.⁴⁶⁷ In 2004, the National Assembly, after completing almost all the steps of the procedure, failed to appoint the Members of the National Electoral Council, because the official party did not have the necessary votes to appoint its candidates (two-thirds) without any compromise with the opposition parties. In the face of the omission of the National Assembly, a citizen requested that the Constitutional Chamber control the unconstitutionality of the omission and sought a decision of the Constitutional Chamber compelling the National Assembly to accomplish its constitutional duty, which no other organ of the State could assume. Instead, what the petitioner obtained from a Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, packed with Magistrates completely controlled by the Executive, was the direct appointment of the members of the National Electoral Council by the Constitutional Court itself, without complying with the requirements and conditions established in the Constitution. Without doubt, in this case, the Constitutional Court usurped the National Assembly's exclusive powers; acted as positive Legislator and in violation of the Constitution; and through its decision, guaranteed the complete control of the Electoral branch of government by the National Executive.⁴⁶⁸

In other countries, like Costa Rica, the Law on Constitutional Jurisdiction assigns the Constitutional Chamber of the Supreme Court the power to decide actions of unconstitutionality “against the inertia, the omissions and the abstentions of public authorities” (article 73.f).⁴⁶⁹

More recently, in the 2008 Constitution of Ecuador, the direct action for judicial review of legislative omissions was expressly established (article 436.10), assigning the Constitutional Court the power to “declare the unconstitutionality in which the institutions of the State or public authorities incurred because of omissions in complying total or partially the mandates contained in constitutional provisions, within the terms established in the Constitution or in the term considered reasonable by the Constitutional Court.” The same provision empowers the Constitutional Court provisionally to “issue the omitted provision or to execute the omitted act according to the law,” once the term has elapsed and the omission persists. It is unique in comparative law that constitutional power, even provisional, is given to the Constitutional Court to substitute for the Legislator.

467 See Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas,” in *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Vol. 5, nº 5, 2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76–95.

468 See Decisions Nos. 2073 of August 4, 2003 (case: *Hermán Escarrá Malaver y otros*) and 2341 of August 25, 2003 (case: *Hermán Escarrá M. y otros*), in Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000–2004,” in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, nº 112. Mexico City, January–April 2005, pp. 11–73.

469 See José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 300–302.

In Hungary, article 49 of the 1989 Amendment of the Constitution establishes that the Constitutional Court *ex officio* or on anyone's petition can decide on the unconstitutionality of legislative omissions when a legislative organ has failed to fulfill its legislative tasks, instructing the organ that committed the omission to set a deadline to fulfill its task. The Hungarian Constitutional Court has interpreted this competence expansively and has practiced it not only in the cases of unconstitutional failures of fulfillment of legislative obligations resulting from particular legal authorization, but also when the Legislator failed to establish a statute necessary for the emergence of a fundamental right, designated in the Constitution.⁴⁷⁰ As mentioned by Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, in exercising this attribution, the Constitutional Court establishes not only the unconstitutionality of the omission of legislation – for instance, by making it impossible for the exercise of a fundamental right – but also the contents of the rules to be sanctioned, which the Legislator must respect.⁴⁷¹

Regarding Croatia, where the Constitutional Court has powers to proceed *ex officio* on matters of control of constitutionality, the 2002 constitutional reform empowered the Court to adopt reports about any kind of unconstitutionality (and illegality) it has observed and to send them to the Croatian Parliament. Until November 2009, it had adopted six reports addressing important issues that emerged in practice, such as the right to reasonable duration of a trial and the unconstitutionality of regulations on parking fees.⁴⁷²

In Bolivia, even in the absence of constitutional or legal provisions, the Constitutional Tribunal created its own power to exercise judicial review control on Legislative omissions. In Decision S.C. 0066/2005 of September 22, 2005, the Court, after verifying its own powers of judicial review, argued that, “when the Legislator does not develop a constitutional provision in a particular and precise way, or it develops the provision in a deficient or incomplete way turning the constitutional mandate inefficient, or impossible to be applied because of such omission or deficiency, the Constitutional Tribunal has the attribution to judge the constitutionality of such acts, providing for the Legislator to develop the

470 An example of such a case is Decision 37/1992 (VI.10). Under Article 61, section (4), of the Constitution, a majority of two-thirds of the votes by the members of Parliament present is required to pass an Act on the supervision of public radio, television, and the public news agency, as well as on the appointment of the directors thereof, on the licensing of commercial radio and television, and on the prevention of monopolies in the media sector. However, until 1996, Parliament failed to adopt a comprehensive Act on radio and television. Likewise, under Article 68, section (5), of the Constitution, a majority of two-thirds of the votes by members of Parliament present is required to pass an Act on the rights of national and ethnic minorities. Decision 35/1992 (VI.10) established an unconstitutional omission as the representation of national and ethnic minorities had not been regulated to the extent and in the manner required by the Constitution; Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, p. 5 (footnote 18).

471 See Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, *Hungarian National Report*, pp. 5–6.

472 See Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, pp. 12–13.

constitutional provision as imposed by the Constitution.”⁴⁷³ In the case of the National Congress’s failure to appoint the members of the Supreme Court of Justice, the Constitutional Tribunal of Bolivia issued a decision in 2004 ruling on the unconstitutionality of the Executive’s provisional appointment of the magistrates. To avoid creating a more severe situation of unconstitutionality, the Tribunal postponed the effects of its decision for a term of sixty days, exhorting the Legislator to perform its duties but without usurping its functions.⁴⁷⁴

In other cases, also without a specific means of judicial review to control absolute legislative omissions, the constitutional courts have developed judicial control through other general means of judicial review, as in the case of Mexico, but only by means of the recourse for the solution of constitutional controversies between constitutional organs of the State. Nonetheless, this thesis was abandoned in 2006, in a decision resolving a constitutional controversy in which the Court considered inappropriate such judicial review to control legislative omissions.⁴⁷⁵

2. *The Protection of Fundamental Rights against Absolute Legislative Omissions by Means of Actions or Complaints for Their Protection*

The other means for controlling unconstitutional legislative omissions are specific actions or complaints for the protection of fundamental rights that can be filed against the harms or threats that such omissions can cause. This is the case, for example, in many Latin American countries, where amparo actions are filed against omissions of the Legislator or for specific actions for the protection of fundamental rights that have been established.⁴⁷⁶ Therefore, in some countries, at least theoretically, it is possible to file amparo actions to protect fundamental rights

473 See Pablo Dermizaky Peredo, “Efectos de las sentencias constitucionales en Bolivia,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 79.

474 See Decision S.C. 0129/2004-R, of November 10, 2004, in Pablo Dermizary Peredo, “Efectos de las sentencias constitucionales en Bolivia,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 78.

475 See Decision 56/2006, in Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City 2009, pp. 71, 72; and “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 252. See also Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “La Corte Suprema di Giustizia del Messico quale Tribunale costituzionale,” in Luca Mezetti (coord.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padua 2009, p. 618.

476 On the amparo proceedings against authorities’ omissions in Latin American countries, see particularly Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 324 ff.

against legislative omission when such omissions prevent the effective enforcement of a fundamental right.⁴⁷⁷

In particular, mention must be made of the important writ of injunction (*mandado de injunção*) in Brazil, established in Article 5.LXXI, of the Constitution, which is to be “granted whenever the lack of regulatory provision makes the exercise of constitutional rights and liberties, as well as rights inherent in nationality, sovereign status and citizenship, unfeasible.” According to the Federal Supreme Tribunal, the writ of injunction does not authorize the Tribunal to fill the gap left by the legislative omission, so the Tribunal cannot enact a normative rule;⁴⁷⁸ its function is limited to declaring the delay to develop the normative rule and to notify the Legislator, and the decision has only *inter partes* effects.

In the first writ of injunction decided in 1989, the Tribunal considered that the action attempts to obtain from the Judiciary a declaration of unconstitutionality of an omission in regulating a right, with a view to notify the entity responsible for that regulation to take action.⁴⁷⁹ However, there are cases in which the Tribunal has given a broader scope to this procedural remedy. In Case 283 of 1991, the Tribunal recognized a state of negligence of Congress in regulating provisions established by the Temporary Provisions of the Constitution related to compensation for the victims of abuses committed by the military dictatorship via Secret Acts of the Ministry of Defense, which banned a large number of people from exercising certain economic activities. Because the Temporary Provisions required the passing of a federal statute to regulate such compensation, the victims could not exert their constitutional rights. In the face of this specific situation, the Supreme Federal Tribunal not only ruled that there was an unconstitutional omission but also established a deadline of forty-five days for Congress to pass the statute. The Tribunal determined, moreover, that if parliamentary negligence remained after that deadline, the applicant would be automatically entitled to claim compensation according to the general rules of the Civil Code.⁴⁸⁰

In another relevant case, the Constitution guaranteed a tax privilege to certain social institutions, excluding them from taxation by contributions to the social security, “as long as these entities complied with the conditions established in law” (article 197.5). The Constitution left to the ordinary legislator the task to establish the conditions to be complied to claim immunity from the contributions. Accordingly, the Federal Government understood that such entities could claim no

477 In Venezuela, amparo actions have been filed against omissions of the Legislator regarding certain administrative acts. See Allan R. Brewer-Carías, *La justicia constitucional: Procesos y procedimientos constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2007, pp. 153 ff.

478 See Decision STF 168/RS, Reporting Justice J. Ministro Pertence, DJU, on April 20 1990, in Marcelo Figueredo, *Brazilian National Report II*, p. 4.

479 STF, MI 107-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21-09-1990; Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, *Brazilian National Report*, p. 17.

480 STF, MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-11-1991; Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, *Brazilian National Report*, p. 17.

fiscal immunity until Congress passed a law listing such conditions. The Supreme Federal Tribunal, after holding that there was an unjustifiable legislative omission, fixed a deadline of six months for Congress to pass a law eliminating that omission. Furthermore, it determined that, if no law was passed before that deadline, the claimant would be automatically entitled to claim the fiscal benefit.⁴⁸¹

It must also be mentioned that, in some cases, the Brazilian Federal Supreme Tribunal has supplied the missing rule through analogy until the Legislator can enact legislation. This was the case in the application of social security rules regarding special pension in the private sector to civil servants working at the Health Department of the public sector (MI 721/DF, March 8, 2007) and in the application to the provisions of a statute (Law 7.783/1989) that governs the right to strike in the private sector (MI 670/ES, October 25, 2007) to civil servants of a State.⁴⁸²

The same general approach of the constitutional court complementing the Legislator, particularly on matters of protecting fundamental rights, can be found in other countries. For example, in Argentina, the Supreme Court's ruling in the *Badaro* cases concerned automatic adjustment of pensions. In effect, because the Constitution provides for "mobile" pensions (article 14 bis), in *Badaro I*,⁴⁸³ the Supreme Court considered that Congress's inaction with respect to the increase of pensions, which had been seriously reduced as a result of high inflation, violated the constitutional mandate. Therefore, the Court urged Congress to pass legislation within a reasonable time to solve that problem. The Court emphasized that it is not only a power but also a duty of Congress to give effect to the constitutional guarantee of pension mobility, for which it must legislate and adopt measures to guarantee the full enjoyment of the right. Eventually, in view of the lack of action by Congress, in *Badaro II*,⁴⁸⁴ the Court, in urging Congress to enact legislation, resolved to grant the petitioner's request and adopted criteria for readjusting pensions until Congress decided to act.⁴⁸⁵

In another important case, regarding the environment, the Supreme Court in Mendoza,⁴⁸⁶ decided a complaint filed by a group of neighbors of a settlement known as *Villa Inflamable* – located on the outskirts of Buenos Aires – against the National Government, the province of Buenos Aires, the government of the City of

481 STF, MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-03-1992; Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, *Brazilian National Report*, pp. 17–18.

482 See Marcelo Figueredo, *Brazilian National Report II*, p. 6–7; Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, *Brazilian National Report*, p. 19; Luis Roberto Barroso et al., "Notas sobre a questão do legislador positivo," *Brazilian National Report III*, pp. 28 ff., 32.

483 Fallos 329:3089 (2006); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 16 (footnote 68).

484 Fallos 330:4866 (2007); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 17 (footnote 69).

485 See also Néstor Pedro Sagües, *Argentinean National Report II*, pp. 12–13.

486 Fallos 329:2316 (2006) and Fallos 331:1622 (2008); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 17 (footnote 72).

Buenos Aires, and forty-four private companies, alleging damages caused by multiple diseases that their children and themselves had suffered as a result of the pollution of the water basin *Matanza-Riachuelo*.” In two landmark rulings, the first in 2006 and the other in 2008, the Court ordered the defendants to present an environmental recovery program, entrusted the *Matanza-Riachuelo* Basin Authority in its implementation, and established detailed court-monitored guidelines on compliance to avoid interprovincial conflicts, all of them matters traditionally within the realm of legislatures and the executive of both federal and provincial levels.⁴⁸⁷

In Germany, with respect to a complaint for constitutional protection of fundamental rights (*Verfassungsbeschwerde*),⁴⁸⁸ the decision of the Constitutional Federal Tribunal No. 26/1969 of January 29, 1969, regarding article 6.5 of the Constitution, which establishes that the law must ensure for children born outside of marriage the same conditions of children born to married parents, in their physical, spiritual, and social development. The Federal Constitutional Tribunal considered that article 1712 of the Civil Code was insufficient regarding the constitutional provision and exhorted the Legislator to reform it according to the conditions set forth in article 6.5 of the Constitution before the end of the legislative term (Autumn 1969), which in fact occurred on August 19, 1969, with the promulgation of the reform.⁴⁸⁹ Regarding this decision, Ines Härtel has reported the following:

“The BVerfG has already admonished the Legislator several times to fulfill explicit constitutional obligations through law. The constitutional obligations mentioned are oftentimes those which can only rely on weak forces in society in their realization; an example would be the task of the Legislator to create equal conditions between illegitimate and legitimate children in their physical and emotional development and consequently in their social standing (BVerfGE 8, 210 (216); 17, 148 (155); 25, 167 (173-188)) The respective decision states: “If the Legislator does not accomplish the order assigned to him by Constitution in Art. 6 Sec. 5 GG to reform Illegitimacy Law . . . until the ending of the current (fifth) legislative period of the Bundestag, it is the will of the Constitution to realize as much as possible of the Legislation.”⁴⁹⁰

In India, an important case regarding ragging (bullying) at universities must be mentioned. In the exercise of its power under Articles 32 and 142 of the Constitution, in 2001, the Supreme Court decided on public interest litigation initiated in 1998 by Vishwa Jagriti Mission, a spiritual organization, seeking to curb

487 See Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 17.

488 See generally Francisco Fernández Segado, “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht,” in *Revista de Derecho*, nº 4, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2009, pp. 137–186.

489 See José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 313–315.

490 See I. Härtel, *German National Report*, p. 19.

the menace of ragging in educational institutions.⁴⁹¹ The Court, deciding in favor of the protection of fundamental rights, issued several guidelines, not only defining ragging but also contemplating possible causes of ragging, prescribing detailed steps to curb this practice, and outlining diverse modes of punishment that educational authorities could take. The Court also ruled that “failure to prevent ragging shall be construed as an act of negligence in maintaining discipline in the institution,” and said, if “an institution fails to curb ragging, the UGC/Funding Agency may consider stoppage of financial assistance to such an institution till such time as it achieves the same.” Because ragging continued to be reported in the media, the Indian Supreme Court engaged in its fight to curb ragging, directly appointing, in November 2006, a Committee to suggest remedial measures to tackle the problem of ragging in educational institutions. In May 2007, the Supreme Court ordered that several recommendations of the Committee be implemented without any further lapse of time, establishing, among other things, that “punishment to be meted out has to be exemplary and justifiably harsh to act as a deterrent against recurrence of such incidents.”⁴⁹² The Court did not leave the task of monitoring the guidelines to the executive branch of the government, ruling that the “Committee constituted pursuant to the order of this Court shall continue to monitor the functioning of the anti-ragging committees and the squads to be formed. They shall also monitor the implementation of the recommendations to which reference has been made above.” In 2007, the Supreme Court gave further directions while dealing with specific instances of ragging in two colleges that were investigated by the Raghavan Committee;⁴⁹³ and in 2009, in *University of Kerala v. Council of Principals of Colleges of Kerala*,⁴⁹⁴ it directed all state governments as well as universities to act in accordance with the guidelines formulated by the Committee, considering ragging as a human rights abuse and thus expressly justifying the Court’s exercise of power under Article 32 of the Constitution.⁴⁹⁵

In a similar trend, and through judicial means progressively developed for the protection of fundamental rights, the U.S. Supreme Court has filled the gap of legislative omissions, particularly in issuing equitable remedies, like injunctions,⁴⁹⁶ through which a court of equity can adjudicate extraordinary relief to an aggrieved party, consisting of an order by the court commanding the defendant or injuring

491 *Vishwa Jagriti Mission v. Central Government* AIR 2001 SC 2793; Surya Deva, *Indian National Report*, p. 9 (footnote 58).

492 See *University of Kerala v. Council of Principals of Colleges of Kerala*, order dated 16 May 2007; Surya Deva, *Indian National Report*, p. 10 (footnote 61).

493 See J. Venkatesan, “SC Issues Guidelines to Check Ragging,” *The Hindu*, May 9, 2009, <http://www.thehindu.com/2009/05/09/stories/200905095740100.htm>; Surya Deva, *Indian National Report*, p. 10 (footnote 62).

494 See *University of Kerala v. Council of Principals of Colleges of Kerala*, order dated 11 February 2009, para. 2; Surya Deva, *Indian National Report*, p. 10 (footnote 63).

495 See Surya Deva, *Indian National Report*, p. 10.

496 See Allan R. Brewer-Cariás, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 69 ff.

party to do something or to refrain from doing something.⁴⁹⁷ These are called coercive remedies because they are backed by the contempt power, or the power of the court to directly sanction a disobedient defendant. Although they are not conceived of as only for the protection of constitutional rights, but for the protection of any right, they have been specifically effective for the protection constitutional rights, particularly preventive injunctions, which are designed to avoid future harm to a party by prohibiting or mandating certain behavior by another party (mandatory injunctions or prohibitory injunctions), and structural injunctions. The latter were developed by the courts after *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955)), in which the Supreme Court declared the dual school system discriminatory, using injunction as an instrument of reform, by means of which the courts in certain cases undertake the supervision over institutional State policies and practices to prevent discrimination. As described by Owen S. Fiss:

“*Brown* gave the injunction a special prominence. School desegregation became one of the prime litigative chores of courts in the period of 1954–1955, and in these cases the typical remedy was the injunction. School desegregation not only gave the injunction a greater currency, it also presented the injunction with new challenges, in terms of both the enormity and the kinds of tasks it was assigned. The injunction was to be used to restructure the educational systems throughout the nation. The impact of *Brown* on our remedial jurisprudence – giving primacy to the injunction – was not confined to schools’ desegregation. It also extended to civil rights cases in general, and beyond civil rights to litigation involving electoral reappointments, mental hospitals, prisons, trade practices, and the environment. Having desegregated the schools of Alabama, it was only natural for Judge Johnson to try to reform the mental hospitals and then the prisons of the state in the name of human rights – the right to treatment or to be free from cruel and unusual punishment – and to attempt this Herculean feat through injunction. And he was not alone. The same logic was manifest in actions of other judges, North and South.”⁴⁹⁸

In effect, deciding these equitable remedies for the protection of fundamental rights, the Supreme Court in the United States has also created complementary judicial legislation, for instance invoking the Fourth, Fifth, and Sixth Amendments to the Constitution, regarding the conditions for lawful search and arrest in connection with investigation and prosecution of crime. The Court’s decisions have resulted in a substantial and relatively complex body of law controlling police

497 See William Tabb and Elaine W. Shoben, *Remedies*, Thomson West, St. Paul MN 2005, p. 13.

498 See Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunctions*, Indiana University Press, Bloomington 1978, pp. 4–5; Owen M. Fiss and Doug Rendelman, *Injunctions*, Foundation Press, Mineola – New York 1984, pp. 33–34. Thus, structural injunctions can be considered a modern constitutional law instrument specifically developed for the protection of human rights, particularly in state institutions; an instrument that has been considered “an implicit part of the Constitutional guarantee of protecting individual rights from inappropriate government action.” See William M. Tabb and Elaine W. Shoben, *Remedies*, Thomson West, St. Paul MN 2005, pp. 87–88.

behavior, which allows courts to reverse the convictions of defendants who have not been treated in accordance with the judicially produced rules. In contrast, law enforcement agencies interested in securing convictions have an interest in compliance, so police departments have adopted procedures and trained their personnel to follow the rules.⁴⁹⁹

On matters of racial segregation in public education, declared contrary to the equal protection clause set forth in the Fourteenth Amendment, the Supreme Court rulings in *Brown v. Board of Education* required the courts to be involved in the process of administering desegregation plans, which became clear three years later in *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*,⁵⁰⁰ where the Supreme Court approved a detailed decree issued by a district court, based on the recommendation of an expert in educational administration, containing measures like:

“the design of oddly shaped attendance zones, the pairing or clustering of black and white schools to permit a more reasonable racial balance, compulsory transportation of students to schools outside their neighborhoods, reassignment of teachers and other personnel to reduce the racial character of individual schools and requiring that new schools be constructed in locations that would not contribute to the persistence of segregation.”⁵⁰¹

As mentioned by Laurence Claus and Richard S. Kay, the following twenty years witnessed numerous instances of federal judges attempting to reconcile the constitutional imperative with the practical realities of operating a school system, a task often made more difficult by passive or active resistance from local authorities. The practical and political questions associated with managing a desegregation regime returned regularly to the Supreme Court, whose judgments, from that point on, were largely concerned with defining limits to the broad judicial mandate sketched out in *Brown* and other decisions. The kinds of issues involved were illustrated by the Supreme Court’s 1995 judgment in *Missouri v. Jenkins*,⁵⁰² one of its last significant statements on the remedial authority of federal courts in desegregation cases. The district court, in that case, had found that unconstitutional segregation had reduced the quality of the education offered in the affected schools. Over a ten-year period, the district court judge had, consequently, ordered that class size be reduced, that full-time kindergarten be instituted, that summer programs be expanded, that before- and after-school tutoring be provided, and that an early childhood development program be established. The district court also ordered a

499 See also Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 23.

500 See *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1 (1971); Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 30 (footnote 101).

501 *Id.* at 19–25. See Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 30 (footnote 102).

502 See *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995). See Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 31 (footnote 104).

major capital improvement program and salary increases for teachers and other school employees.⁵⁰³

A similar situation occurred in the United States on matters related to the operation of prisons, based on the provision of the Eighth Amendment's prohibition of cruel and unusual punishment, and resulted in long-term supervision of numerous institutions. In litigation challenging the constitutionality of aspects of the Arkansas correctional institutions, federal judges ordered through structural injunctions, among other things, the closing of institutions, the maximum number of inmates in a particular facility and in individual cells, detailed procedures for determining disciplinary violations, and limits on the punishments administered. They required the employment of full-time psychiatrists or psychologists, affirmative action to recruit more minority personnel, and mandatory training of employees to improve race relations in the prisons. The practice of using armed inmates as "trusty" guards was prohibited. Inmates were to be provided with educational opportunities and a fair procedure for filing grievances. The courts retained jurisdiction for more than ten years.⁵⁰⁴ Mental hospitals have been the subject of similar decrees,⁵⁰⁵ and in somewhat more contained proceedings, so has the process of apportioning legislative representation.⁵⁰⁶

In Canada, similar to the Latin American amparo proceeding for the protection of constitutional rights, article 24.1 of the Charter establishes the right of anyone, when the rights or freedoms guaranteed by the Charter have been infringed or denied, "to apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just." According to that provision, the courts have the power to issue a wide variety of remedies where they find that the rights of individuals have been violated, including declarations and injunctions requiring the government to take positive actions to comply with the Constitution and to remedy the effects of past constitutional violations.

In a leading case related to minority language, the court also issued structural injunctions or interdicts requiring the government, in particular, to provide instruction and facilities. In Canada, the Constitution Act of 1867 provided that both French and English be used in the legislatures and courts of Canada and Quebec, and the provincial constitutions, such as the Manitoba Act of 1870, provided similar rights. In 1985, the Supreme Court confronted a law that purported to abolish the bilingualism obligations of Manitoba, where the French-speaking population had become a minority. Nonetheless, the Court decided that the unilingual laws were unconstitutional but held that immediate invalidation of most of Manitoba's laws was not appropriate because it would produce a legal vacuum that would threaten

503 Id. at 74–80. Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 31.

504 See *Hutto v. Finney*, 437 U.S. 678 (1978); Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 32 (footnote 107).

505 See *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp. 373 (1972). See Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 32 (footnote 108).

506 See *Branch v. Smith*, 538 U.S. 254 (2003); Laurence Claus and Richard S. Kay, *U.S. National Report*, p. 32 (footnote 109).

the rule of law. The Court then decided that it would give the unilingual laws temporary validity for the period of time that was necessary to translate them into French; it retained jurisdiction over the case for a number of years and, during that time, heard various motions concerning the extent of the constitutional obligations for bilingualism.⁵⁰⁷ The Court's actions in this regard have been considered a form of remedial activism, somewhat similar to the American and Indian experience of courts maintaining jurisdiction over public institutions such as schools and prisons in the 1970s and 1980s to ensure that they satisfied constitutional standards.⁵⁰⁸

However, legislative omissions have also given rise in Canada to important acts of judicial activism on matters of criminal justice, given the absence of legislative response to enact statutory standards for speedy trials and the prosecutor's disclosure of evidence to the accused. In 1993, however, the Court acted decisively by holding that the Charter requires pretrial disclosure to the accused of all relevant evidence held by the prosecutor,⁵⁰⁹ and it held that the right to a trial in a reasonable time would be violated by pretrial delays of more than a year.⁵¹⁰ Another example would be the Supreme Court's decision that holds that it will generally violate the Charter to extradite a person to face the death penalty.⁵¹¹ Although framed in negative terms that would potentially prevent extradition, the practical effect of the decision is to require the government to take positive steps to seek assurances from states that they will not seek or impose the death penalty on a person extradited from Canada.⁵¹²

In a certain way, in the United Kingdom, where the basic principle is that the court does not substitute itself for the legislature, it is also possible to identify important activities developed by the courts on matters of constitutional review regarding the protection of human rights, by issuing decisions with guidelines that supplement the jurisdiction of the Legislator or the administration. For example, referring to cases of the judges making the law in areas where there was inadequate previous precedent or statute, John Bell mentioned the case regarding the sterilization of intellectually handicapped adults, in which the House of Lords laid down principles that would govern the approval of such cases;⁵¹³ and the case

507 *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721; [1985] 2 S.C.R. 347; [1990] 3 S.C.R. 1417n; [1992] 1 S.C.R. 212. See Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 18 (footnote 48).

508 See Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 18.

509 See *R. v. Stinchcombe* [1991] 3 S.C.R. 326; Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 11 (footnote 18).

510 See *R. v. Askov* [1990] 2 S.C.R. 1199; Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 12 (footnote 19).

511 See *United States v. Burns and Rafay* [2001] 1 S.C.R.; Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 12 (footnote 21).

512 See Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 12.

513 See *Re F (Mental Patient: Sterilisation)* [1990] 2 AC 173; John Bell, *British National Report*, p. 7 (footnote 33).

decided in *Airedale NHS Trust v. Bland*⁵¹⁴ regarding the situation of a man who was in a permanent vegetative state and being fed through a tube. In the latter case, the House of Lords decided the circumstances, establishing policies on medical treatment for doctors could lawfully accede to the wishes of the man's parents that the feeding stop and that he be allowed to die. That is, in such cases, judicial decisions have provided rules for future application in the absence of any authoritative pronouncement by government.

In the Czech Republic, the Constitutional Court has filled the gap resulting from the Legislator's omission. The best and most controversial example mentioned by Zdenek Kühn is the one provided by the rent-control saga. In effect, in 2000, the Constitutional Court found unconstitutional rent control as practiced by Czech law, and it annulled the decree of the Ministry of Finance that regulated rent increases in apartment houses. The Court delayed the annulment to offer the legislature time to enact a new law with a mechanism to put rents to just terms, but the legislature declined to deal with the issue. The Court continued to annul decrees that dealt with the issue, and it used more and more compelling arguments to urge the legislature to enact a proper law.⁵¹⁵ In 2006, finally, the Court again criticized the legislative "activity, or rather, inactivity," which resulted in "freezing of controlled rent, which further deepens the violation of property rights of the owners of those apartments to which rent control applied. . . . By not passing them, the legislative assembly evoked an unconstitutional situation."⁵¹⁶ That is why the Constitutional Court rejected the petition but at the same time gave a rather unique verdict No. 1, according to which "[t]he long-term inactivity of the Parliament of the Czech Republic, consisting of failure to pass a special legal regulation defining cases in which a landlord is entitled to unilaterally increase rent, payment for services relating to use of an apartment, and to change other conditions of a lease agreement, is unconstitutional and violates" a number of constitutional rights.⁵¹⁷ The unique verdict was accompanied by a similarly unique reasoning in which the Court directed general courts to increase rents themselves, instead of entirely passive legislature; that is, the Court ordered general courts to make the law instead of the legislature. In this regard, the Court openly held that it must deviate from its role of negative legislator, expressing the following:

"Based on these facts [legislative inactivity], the Constitutional Court, in its role of protector of constitutionality, cannot limit its function to the mere position of a "negative" legislator, and must, in the framework of a balance of the individual branches of power characteristic of a law-based state founded on respect for the rights and freedoms of man and of citizens . . . , create space for

514 See [1993] 1 All ER 821; John Bell, *British National Report*, p. 7.

515 See decision of November 20, 2002, Pl. ÚS 8/02, *Rent Control II*, published as n° 528/2002 Sb.; and see decision of March 19, 2003, Pl. ÚS 2/03, *Rent Control III*, published as n° 84/2003 Sb; Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 14 (footnote 58).

516 See decision of February 28, 2006, Pl. ÚS 20/05, *Rent Control IV*, at http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/p-20-05.php; Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 13 (footnote 59).

517 *Id.*

the preservation of the fundamental rights and freedoms. Therefore, the general courts, even despite the absence of the envisaged specific regulations, must decide to increase rent, depending on local conditions, so as to prevent the abovementioned discrimination. In view of the fact that such cases will involve the finding and application of simple law, which is not a matter for the Constitutional Court, . . . the Constitutional Court refrains from offering a specific decision-making procedure and thereby replacing the mission of the general courts. It merely states that it is necessary to refrain from arbitrariness; a decision must be based on rational arguments and thorough weighing of all the circumstances of a case, the application of natural principles and the customs of civic life, the conclusions of legal learning and settled, constitutionally consistent court practice.”⁵¹⁸

The Constitutional Court, in addition, clearly explained in its decision its role in cases of absolute omissions by the Legislator, expressing the following:

“As a consequence of the inactivity of the legislative assembly it can evoke an unconstitutional situation, if the legislature is required to pass certain regulations, does not do so, and thereby interferes in a right protected by the law and by the constitution. . . . [W]e can conclude that under certain conditions the consequences of a gap (a missing legal regulation) are unconstitutional, in particular when the legislature decides that it will regulate a particular area, states that intention in law, but does not pass the envisaged regulations. The same conclusion applies to the case where Parliament passed the declared regulations, but they were annulled because they did not meet constitutional criteria, and the legislature did not pass a constitutional replacement, although the Constitutional Court gave it a sufficient period of time to do so.

The relationship between the legislative and judicial branches arises from the separation of powers in the state, as established in the Constitution. A material analysis necessarily leads us to conclude that this separation is not a purpose in and of itself, but pursues a higher purpose. From its very beginnings it was subjected by the constitutional framers to an idea based above all on service to the citizen and to society. Every power has a tendency to concentration, growth and corruption; absolute power to an uncontrollable corruption. If one of the branches of power exceeds its constitutional framework, its authority, or, on the contrary, does not fulfill its tasks and thus prevents the proper functioning of another branch (in the adjudicated case, of the judicial branch), the control mechanism of checks and balances, which is built into the system of separation of powers, must come into play. . . . [G]eneral courts err if they refuse to provide protection to the rights of those who have turned to them with a demand for justice, if they deny their complaints merely with a formalistic reasoning and reference to the inactivity of the legislature (the non-existence of the relevant legal regulations), after the Constitutional Court, as protector of constitutionality and review thereof, opened the way for them through its decisions. The Constitutional Court has repeatedly declared the unequal position of one group of owners of rental apartments and buildings to be

518 Id.

discriminatory and unconstitutional, and the long-term inactivity of the Parliament of the CR to be incompatible with the requirements of a law-based state. The Constitutional Court, by the will of the constitutional framers, is responsible for the maintenance of the constitutional order in the Czech Republic, and therefore it does not intend to abandon this obligation, it calls on the general courts to fulfill their obligations.”⁵¹⁹

Finally, the case of the Constitutional Court of Colombia must be mentioned, particularly regarding a new constitutional situation that the Court has created to decide specific actions of tutela (amparo) for the protection of fundamental rights filed by displaced persons within Colombia due to the situation of violence suffered for years, particularly in rural areas and specifically on the occasion of deciding on the factual lack of enforcement of the tutela rulings. In such cases of massive violations of human rights, the Court has created what it has called an *estado de cosas inconstitucionales* (factual state of unconstitutionality), which it has used to substitute itself for the ordinary judges, the Legislator, and the Administration in the definition and coordination of public policies, a power that the Constitutional Court has exercised ex officio. This was referred to, among other decisions, in Decision No. 007 of January 26, 2009, where the Court ruled on the “[c]oordination with the territorial entities of public policies of attention to the displaced population” and ordered a series of public actions to be executed by a variety of public administration entities.⁵²⁰

In Decision No. T-025/04, the Court specified the conditions required to declare a factual state of unconstitutionality, such as:

“(i) the massive and widespread infringement of various constitutional rights affecting a significant number of people; (ii) (ii) the prolonged omission of the authorities in the fulfillment of its obligation to guarantee the rights; (iii) the adoption of unconstitutional practices, such as incorporating the action of tutela as part of the procedure to ensure the violated right; ... (iv) the failure to issue legislative, administrative, or budgetary measures to avoid infringement of Rights; (v) the existence of a social problem whose solution compromises the involvement of several entities, requires the adoption of complex and coordinated actions[,] and demands level of resources requiring important additional budgetary effort; (vi) if all people affected by the same problem would resort to the tutela for the protection of their rights, there would be greater judicial congestion.”⁵²¹

With these sorts of decisions, as mentioned by Sandra Morelli, the Constitutional Court has “abandoned its role as guarantor of fundamental constitutional rights of an individual in a particular case, to assume another role, that of formulating or contributing to formulate public policies, adding its implementation, and monitoring its implementation to guarantee the satisfaction of needs of displaced populations according to available resources and subject to compliance of procedural

519 See Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 14.

520 See Sandra Morelli, *Colombian National Report II*, p. 5.

521 *Id.*, p. 8.

requirements that the same Court assumed the role to regulate.”⁵²² This, of course, has nothing to do with the role of the constitutional judge in taking over responsibilities of the legislature and the public administration and in ordering specific actions to public entities and public officials. Sandra Morelli has considered this a “historical betrayal that the Colombian Constitutional Court undertakes, when instead of protecting each displaced individual that had filed action of *tutela* regarding their on fundamental rights, even by way of guarantee of the right to equality, ventures into the strange category of the factual state of unconstitutionality and via the general way, without any need to bring an action of *tutela*, assumes the role of supreme administrative authority.”⁵²³

II. CONSTITUTIONAL COURTS’ FILLING THE GAP OF RELATIVE LEGISLATIVE OMISSIONS

Apart from the aforementioned cases of specific judicial review to ensure judicial review of absolute legislative omissions, judicial review of relative legislative omissions has been extensively developed in the past decades in all democratic countries, particularly in cases in which the matter is not the absence of legislation but the existence of poor, deficient, or inadequate regulation according to the constitutional provisions.⁵²⁴ This can lead to the evaluation of the omission and the declaration of the unconstitutionality of the provision containing the omission, as commonly happens in countries with a diffuse system of judicial review.

But in countries with a concentrated system of judicial review, although constitutional courts have the power to annul statutes considered unconstitutional, including those that omit fundamental aspects imposed by the Constitution, in cases of relative legislative omissions being considered unconstitutional, the constitutional courts have also developed the practice of declaring the omission unconstitutional without annulling the provision. In the decisions, the courts send to the Legislator guidelines or instructions to correct the unconstitutionality, thus orienting the Legislator’s future activities.⁵²⁵

Of course, in all these cases, the purpose of the constitutional courts’ controlling the unconstitutionality of relative legislative omissions is not to allow the courts to create new legislative provision; that is, the purpose is not to usurp the Legislator’s

522 Id., p. 10.

523 Id., p. 11.

524 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 293, 294; Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City 2009, pp. 34, 37, 71; Víctor Bazan, “Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas,” in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico City 2004, pp. 189 ff.

525 See José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 227 ff.

functions.⁵²⁶ Nonetheless, in many cases, the result of these judicial decisions has been the encroachment of legislative attributions when orienting or instructing the Legislative body as to how it must fill the omission to make it conform with the Constitution.⁵²⁷

1. *Constitutional Courts and Equality Rights: Deciding on the Unconstitutionality of Statutes without Declaring Their Nullity*

As in countries with a diffuse system of judicial review, in countries with a concentrated system of judicial review, constitutional courts have also declared statutory provisions unconstitutional but without annulling them. Instead, in these cases, constitutional courts have limited their activity to declaring unconstitutional the challenged provision only regarding the part that is not in accord with the Constitution. Instead of annulling the provision, in some cases, the courts referred to the Legislator for it to produce the needed legislation,⁵²⁸ and in others cases, the constitutional court issued directives, guidelines, recommendations, and even orders to the Legislator to correct the unconstitutional legislative omissions. In all these cases, the constitutional court assists and collaborates with the Legislator.

An important note is that, in almost all the cases of relative legislative omissions that are declared unconstitutional but not annulled, the protection of fundamental constitutional rights have always been involved, particularly the right to equality and nondiscrimination.⁵²⁹

In concentrated systems of judicial review, the ability of constitutional courts to declare a legal provision unconstitutional without annulling it has been expressly established in the legislation governing the constitutional court's functions, as in Germany, where in 1970 the reform of the Law related to the Federal Constitutional Tribunal (BVerfG) established a specific function of the Tribunal in specific cases: to give preference to the constitutional interpretation of a statute and to "declare a law to be compatible or incompatible with the Basic Law," without the need to declare the provision "to be null and void" (article 31.2).⁵³⁰ A similar reform was

526 See Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City 2009, p. 34.

527 *Id.*, pp. 36–37; 75, 88.

528 See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 124.

529 See F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, pp. 9, 25, 39–42. P. Popelier has pointed out that, in Belgium, "the principle of equality and non discrimination constitutes the reference norm in more than 85% of the decisions adopted by the Constitutional Courts." See P. Popelier, *Belgian National Report*, p. 3.

530 See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 93; See I. Härtel, *German National Report*, pp. 7–9; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, p. 260; F. Fernandez Segado, *Spanish National Report*, p. 6.

proposed in 2005 in Spain in relation to the Organic Law of the Constitutional Tribunal that established the contrary principle: “when a [Constitutional Tribunal’s] decision declares the unconstitutionality of a provision, it must in addition declare the nullity of the challenged provisions.”⁵³¹ The reform of the Law was not approved in Spain,⁵³² which did not prevent the Constitutional Tribunal from overcoming the rigidity of the dichotomy and issuing decisions of unconstitutionality without nullity.

An important case resolved by the Spanish Constitutional Tribunal was Decision No. 116/1987, regarding Law 37/1984 of October 22, 1984, which established social rights and benefits to military and police officers for services accomplished during the Civil War, excluding professional military who enrolled in the Armed Forces after 1936. Because of that exclusion, the Constitutional Tribunal considered the Law contrary to the principle of equality, annulled the exclusion, and extended the application of the provision to those who had been excluded.⁵³³ Another important decision was Decision No. 45/1989, where the Constitutional Tribunal found unconstitutional a provision of Law 48/1985 on Income Tax that made the joint tax return for family members compulsory, which implied heavier tax obligations for a person integrated in a family group than for a person with the same income but not part of a family group.⁵³⁴ The Constitutional Tribunal in this case considered the issue of the dichotomy unconstitutionality-nullity, arguing that, although the text of article 40.1 of the Tribunal’s Law was contradictory, it was not necessary for that dichotomy to be applied, particularly in cases of judicial review of an omission, in which case “the nullity as an strictly negative measure[] is manifestly incapable of reordering the Income Tax regime in a way compatible with the Constitution.” The Tribunal concluded that it was for the Legislator, “according to the decision, to make the needed modifications or adaptations of the legal regime, according to its normative powers.”⁵³⁵ As Francisco Fernández Segado has pointed out:

“with the decision 45/1989, the Tribunal not only moved away from the legal text, giving birth to decisions of unconstitutionality without nullity, situating itself in the wake of the BVerfG [German Federal Constitutional Tribunal], but in addition categorically breached the binomial unconstitutionality/ nullity characteristic of the vision of the constitutional judge as “negative legislator.”⁵³⁶

531 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, p. 301.

532 See F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 6

533 See F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 10.

534 See STC 45/1989, of February 20, 1989, para. 11.; F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 12.

535 Id. See also STC 13/1992, February 6, 1992, fund. jur. 17; STC 16/1996, February 1, 1996 fund. jur. 8; and STC 68/1996, April 18, 1996, fund. jur. 14, in F. Fernandez Segado, *Spanish National Report*, pp. 12–13.

536 See F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 12.

The same technique has been applied in Nicaragua, where the Supreme Court, in a decision recognizing the unconstitutionality of articles 225 and 228 of the Civil Code prohibiting and restricting cases of paternity inquiry, decided not to annul the articles and maintained them with effects pending new legislation to be approved by Congress, in order to avoid graver problems that a legal vacuum could produce.⁵³⁷

In Switzerland, where judicial review of cantonal laws is allowed, the Federal Court has also decided cases in relative legislative omissions but has refused to assume the role of legislator. In the *Hegetschweiler* case,⁵³⁸ on the appeal of a married couple, the Supreme Court concluded that a cantonal regulation related to income and property taxes for married couples was unconstitutional because married couples owed higher taxes than unmarried couples who lived together in the same household and had similar financial means; this was considered a breach of the equal treatment precept (Article 8.1, Constitution). The subject matter of the appeal for an abstract control of norms was a new rule that represented an improvement over the previous legal situation. As mentioned by Tobias Jaag, if the Supreme Court had annulled the contested rule, the former rule would have again entered into effect, unless the Court had established a substitute rule. The Supreme Court rejected the appeal and limited itself to stating that the contested rule was not in full conformity with the Constitution; in this manner, the cantonal legislator was asked to remedy the unconstitutional situation. For the couple who appealed, the outcome was most dissatisfactory.⁵³⁹

In another case issued in 1986, the Supreme Court found that a cantonal regulation imposing a lower retirement age for women than for men was in breach of the constitutional right to equal treatment of women and men. The Supreme Court, however, left it at that, reasoning that the cantonal legislator needed time to establish the constitutional status.⁵⁴⁰ In the same sense, the Supreme Court protected the complaint of a federal official that a rule permitting only women, not men, to take early retirement after thirty-five years of service violated the right to equal treatment of women and men. The Court did not view itself as having competence, however, to issue a correct rule; the petition of the federal official for permission to take early retirement was therefore rejected.⁵⁴¹ In a similar case relating to the equal treatment of boys and girls during school lessons, the Court explicitly held: “it

537 See decisions of November 22, 1957, B.J. p. 18730 (1873?), and of June 16, 1986, B.J. p. 105; Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 102.

538 See BGE 110 Ia 7; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 8 (footnote 37).

539 See Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 8.

540 See Supreme Court in ZBI 87/1986, 482 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 9 (footnote 40).

541 See BGE 109 Ib 86, 88 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 9 (footnote 41).

would, however, be out of the question for the Supreme Court, on its own initiative, to create a rule in lieu of the cantonal legislator.”⁵⁴²

In general terms, the main result of constitutional courts exercising judicial review powers regarding statutes with unconstitutional provisions has been the assumption by constitutional courts of a new role as aides to the Legislator; they direct requests, recommendations, and instructions for the legislative organ to issue additional legislation to surpass the constitutional doubts that result from the relative legislative omission.⁵⁴³

Even in countries like Switzerland, where there is no judicial review of federal legislation but only regarding cantonal legislation, this does not preclude the Federal Supreme Court from criticizing a federal legislative rule, thereby signaling to the legislators that an amendment of the law is required.⁵⁴⁴ For instance, during the past years, several cantonal voting systems have been held unconstitutional because they did not guarantee equal treatment of the voters (equal right to vote). In these cases, the Supreme Court contented itself with declaring that the voting systems were unconstitutional and asking the cantonal legislators to amend the rule that was objected to.⁵⁴⁵

These instruction or directives sent by constitutional courts to the Legislator are in some cases nonbinding recommendations and in other cases obligatory.⁵⁴⁶

2. Constitutional Courts’ Issuing Nonbinding Directives to the Legislator

In general terms, regarding noncompulsory judicial recommendations – known as exhortative decisions, delegate decisions, or *sentenze indirizzo* in Italy⁵⁴⁷– the Constitutional Court declares the unconstitutionality of a provision but does not introduce the norm to be applied through interpretation, leaving this task to the Legislator. In Italy, these decisions are also called “principles’ additive

542 See Supreme Court, in ZBl 86/1985, 492, 495; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 9 (footnote 42).

543 See Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City 2009, pp. 39, 89.

544 See BGE 103 Ia 53, 55; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 7 (footnote 29).

545 See BGE 131 I 74, p. 84 ff.; 129 I p. 185, 205 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 7 (footnote 44, 45).

546 In this sense, Christian Behrendt, in analyzing the situation in Germany, Belgium, and France, distinguishes between what he calls permissive, not binding interferences or lignes directives, and the enabling obligatory interferences, or injUNCTIONS. See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 253 ff.

547 See L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padua 1987, pp. 3 ff.; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, p. 268; Néstor Pedro Sagües, *Argentinean National Report II*, pp. 4–7.

decisions,”⁵⁴⁸ such as Decision No. 171 of 1996, issued by the Constitutional Court to declare unconstitutional a provision of the Law regulating the right to strike in public services. The provision did not provide for previous notice and a reasonable term in strikes of lawyers and advocates.⁵⁴⁹

In other cases, the instruction directed to the Legislator can be conditional with respect to the constitutional court. In Italy, for instance, when dealing with an unconstitutional statute, the Constitutional Court can recommend that the Legislator introduce legislation to eliminate the constitutional doubts. Through the *doppia pronuncia* formula, if the Legislator fails to execute the recommendations of the Court, in a second decision, the Court can declare unconstitutional the impugned statute.⁵⁵⁰

This sort of exhortative judicial review is also accepted in Germany, where it is called “appellate decisions.”⁵⁵¹ Here, the Federal Constitutional Tribunal in cases of unconstitutional statutes can issue “an admonition to the Legislator,” which contains legislative directives “addressed to the Legislator which can be of norm-requesting as well as norm-demanding nature still considered constitutional, in its impacts and effects, to improve or alternatively replace it,”⁵⁵² for which purpose it must give the Legislator a term to do so. Once the term is exhausted, the provision becomes unconstitutional, and the Tribunal must rule on the matter. An example of this type of decision is one issued by the Federal Constitutional Tribunal regarding a survivor’s pension. A statute provided that a widow would always obtain the pension of her late husband, but the widower would obtain his wife’s pension in case of her death only if she had primarily provided for the family and earned the family income before or if she had been a public official. The Federal Constitutional Court found that the provision was in process of becoming unconstitutional because of social changes that have taken place particularly on the role of women in the family, asking the Legislator to issue according to its powers to legislate the necessary provisions to prevent the unconstitutionality.⁵⁵³

548 Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 279–284, 305.

549 See A. Vespaziani, “Una sentenza additiva di principio riguardo allo ‘sciopero’ degli avvocati,” in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, Vol. IV, pp. 2718 ff. Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 281–282 (footnote 164).

550 See Iván Escobar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 504.

551 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 264; Iván Escobar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 505.

552 See I. Härtel, *German National Report*, pp. 17–18.

553 See BVerfGE 39, 169 ff.; I. Härtel, *German National Report*, pp. 18; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 265 (footnote 115).

In other cases, the Federal Constitutional Tribunal has limited itself to issue directives to the Legislator but leaving the Legislator to make the political decision. This was the case of the decision issued regarding a statute of March 18, 1965, on the reimbursement of electoral expenses of political parties. The Tribunal also developed some conditions to be followed only if the Legislator decided to implement the reimbursement system.⁵⁵⁴

In France, the Constitutional Council has also issued directives to the Legislator, which even without normative direct effects can establish a framework for future legislative action.⁵⁵⁵ They have persuasive effect only because the Constitutional Council always is able to exercise review of the constitutionality of a subsequent law.

A similar technique, called signalizations, has been applied in Poland, through which the Constitutional Tribunal directs the Legislator's attention to problems of general nature.⁵⁵⁶

In Belgium,⁵⁵⁷ the Constitutional Court has also applied this technique. In particular, in a 1982 case referring to regional taxation legislation on environmental matters, as to the definition of pollutant payer, the former Court of Arbitration issued directives to the regional Legislators establishing the conditions under which pollutant payer was not in conformity with the Constitution's principle of equality.⁵⁵⁸ Also in an interesting decision issued by the same former Court of Arbitration in 2004, on the taxation regime for donations to nonprofit associations established in a federal law, the Court sent directives to a regional Legislator that was different from the one that had incurred in an unconstitutionality, that is, to the regional legislator that the Court considered competent to issue legislation on the matter.⁵⁵⁹

In Serbia, Article 105 of the Law on the Constitutional Court empowers the Constitutional Court to give its opinion or to point out the need to adopt or revise laws, or to implement other measures relevant for the protection of constitutionality and legality, which are used to put some pressure on the National Assembly to bring laws for implementation of constitutional provisions or to correct existing

554 See BVerfG, decision of July 19, 1966, BVerfGE 20, 56 (114–115), in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 176–179, 185 ff.

555 See Decision 83-164 DC; Bertrand Mathieu, *French National Report*, p. 10.

556 See, e.g., signalization concerning protection of tenants of June 29, 2005, OTK ZU 2005/6A/77; Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 16 (footnote 45).

557 See P. Popelier, *Belgian National Report*, p. 8.

558 See CA arrêt 79/93 of November 9, 1993, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 175–176, 191 ff.

559 See CA arrêt 45/2004 of March 17, 2004, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 175–176, 230–237.

unconstitutional rules. In these cases, the court can act *ex officio*, but the opinions do not have binding force. The most important notifications and opinions issued by the Court were connected to noncompliance with deadlines stipulated in constitutional laws for the enforcement of the Constitution.⁵⁶⁰

In the Czech Republic, the Constitutional Court in some cases has also provided a detailed analysis of the law that will fit the constitutional test of the Court after the original law has been annulled.⁵⁶¹ Nonetheless, those guidelines are not binding, and practice shows that the Legislator frequently does not follow the Court's reasoning.⁵⁶²

In France, the Constitutional Council – which until 2009 could only review statutes' constitutionality before they were promulgated by the National Assembly – has necessarily issued decisions that have interfered with the legislative function.⁵⁶³ Consequently, on many occasions, the Council has issued decisions containing nonobligatory directives to the Legislator to sufficiently correct the draft legislation submitted. One example of such a decision on economic matters is the one adopted in 1982 on the occasion of the control exercised by the Constitutional Council regarding the Nationalization Law, particularly referring to the provisions on compensation regarding the nationalized enterprise stocks. The Council argued that it was necessary for the Legislation to be approved to take into account the corresponding compensation and the phenomenon of monetary depreciation.⁵⁶⁴

On institutional matters, in another decision in 2000, the Constitutional Council issued directives to the Legislator when reviewing a statute on election age. The statute lowered the age to be elected in European elections for non-French candidates to eighteen years but kept the age of twenty-three years for French citizens. The Council expressed that if the Legislator was to reduce the age to be elected, it must do so for all candidates.⁵⁶⁵

In Mexico, in the first decision the Supreme Court adopted to resolve a direct action of a statute's unconstitutionality (37/2001), in addition to declaring the

560 See Boško Tripković, *Serbian National Report*, pp. 9–10.

561 See Decision *Anonymous Witness* of October 12, 1994, Pl. ÚS 4/94, at http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/p-4-94.php; Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 12 (footnote 53).

562 See Zdenek Kühn, *Czech National Report*, p. 12.

563 See Bertrand Mathieu, *French National Report*, p. 6.

564 See Decision 132 DC of January 16, 1982 (GD. n° 31. *Loi de nationalization*), in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 173–175.

565 See CC, Decision 426 DC of March 30, 2000, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 176.

provision unconstitutional, the Court exhorted the Legislator to legislate on the matter, fixing a term of ninety days to do so.⁵⁶⁶

In countries with diffuse systems of judicial review, exhortative rulings have also been issued by Supreme Courts. This is the case in Argentina, in the *Verbitsky* case, where the Supreme Court decided a collective habeas corpus petition, without declaring unconstitutional any legal provision of the Province of Buenos Aires. It then exhorted authorities to sanction new legal provisions to take care of the overcrowding and dreadful situation in the penitentiary system.⁵⁶⁷ Another important case was *Rosza*, where the Supreme Court, after declaring unconstitutional a decision of the Judiciary Council of the Nation regarding the provisional appointment of judges, exhorted the Congress and the executive to enact a new “constitutionally valid” regime, provided guidelines for the new regime to follow, and granted Congress one year to implement the new system.⁵⁶⁸

In other cases, the Argentinean Supreme Tribunal, after declaring the unconstitutionality of some statutory provisions, has issued guidelines to Congress for future legislation that indicate the constitutional path that Congress should take on certain affairs. Moreover, in some decisions, it has changed the clear legislative intent – through judicial interpretation – to make the law adequate with the Court’s interpretation of the Constitution. These actions show the Court’s increasing involvement in realms previously left to the political branches of government. For instance, in the cases *Castillo*⁵⁶⁹ and *Aquino* (2004),⁵⁷⁰ the Supreme Court declared unconstitutional the Labor Risks Law (Law 24.557), particularly its procedural contents (a matter constitutionally reserved to provincial legislation) and the limits of compensation for labor injuries.

566 See Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 252.

567 See CSIJ, Fallos 328:1146, in Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 340; Néstor Pedro Sagües, *Argentinean National Report II*, pp. 7–11.

568 Decision of May 23, 2007, *Jurisprudencia Argentina*, 2007-III-414, in Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 341. See also Néstor Pedro Sagües, *Argentinean National Report II*, pp. 11–12. See also Fallos 330:2361 (2007), in Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 13.

569 See Fallos 327:3610 (2004); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 13.

570 See Fallos 327:3753 (2004); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 13.

§ 7. CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS.
XVIII CONGRESS. WASHINGTON, 2010

The Court found that its provisions denied workers their right to complete restitution. In addition, the Court's rulings demanded congressional action to modify the system in accordance with Court-established guidelines.

In *Vizzoti*, the Supreme Court ruled that the limits to the base salary used to calculate termination compensation provided for in the Employment Law were unreasonable, in light of the constitutional obligation to protect workers against unjustified firings. The Court then provided Congress with guidelines for valid limits, indicating that "the Court's decision does not entail undue interference with congressional powers, nor a violation of the separation of powers, being only the duly exercise of the constitutionally-mandated judicial review over laws and governmental action."⁵⁷¹ In other cases of judicial review of conventionality, regarding the American Convention of Human Rights, as in the *Cantos* case (2003),⁵⁷² the Argentinean Supreme Court demanded that Congress pass legislation to comply with the binding rulings of the Inter-American Court of Human Rights.

In Colombia, the Constitutional Court has also assumed similar exhortative powers with respect to Congress. After declaring unconstitutional a few articles of Law 600 of 2000 (Articles 382–389) on habeas corpus, the Court exhorted Congress to legislate on the matter according to the criteria established in the ruling, and it gave Congress a term in which it needed to legislate.⁵⁷³

A similar position has been adopted by the Supreme Court of the Netherlands, despite the ban on judicial review of statutes' constitutionality established in Article 120 of the Constitution. In the 1989 Harmonization Act case, the Supreme Court, though maintaining that it was clearly not entitled to review whether an Act of Parliament was compatible with legal principles, made it clear that – had it been allowed to do so – it would have ruled that the 1988 Harmonization Act violated the principle of legal certainty. The Court thus gave the legislature some "expert advice," and the latter, taking the hint, eventually changed the law. As mentioned by J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, "the ban on judicial review of legislation then does not prevent the judiciary to engage in a dialogue with the legislature, be it that such occasions remain rare."⁵⁷⁴

In some cases, this dialogue has led the Supreme Court, as in the *Labour Expenses Deduction* case,⁵⁷⁵ to rule that it would not – for the time being – intervene because doing so would entail choosing from different policy options. The Court

571 See Fallos 327:3677 (2004); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 13; Néstor Pedro Sagües, *Argentinean National Report II*, p. 20.

572 See Fallos 326:2968 (2003); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 15 (footnote 60).

573 See Germán Alfonso López Daza, *Colombian National Report I*, p. 11.

574 See J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 6.

575 See Supreme Court judgment of 12 May 1999, NJ 2000/170 (*Labour Expenses Deduction*). See J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 26 (footnote 79).

made clear that it might think otherwise if the legislature knowingly persisted in its unlawful course.⁵⁷⁶ But in no case can these judicial decisions consist of the Supreme Court giving orders to Parliament to produce legislation by means of injunctions, even if the legislative omission renders the legislation incompatible with the European Union law.⁵⁷⁷

3. *Constitutional Courts' Issuing Binding Orders and Directives to the Legislator*

In contrast, in many other cases of judicial review, particularly those referring to relative legislative omissions, constitutional courts have progressively assumed a more positive role regarding the Legislator, issuing not only directives, but also orders or instructions, for the Legislator to reform or correct pieces of legislation in the sense indicated by the Court. This has transformed constitutional courts into a sort of auxiliary Legislator, imposing on the Legislator certain tasks and establishing a precise term for their performance.

This judicial review technique has been used in Germany, where the Federal Constitutional Tribunal, in many cases, after having determined the incompatibility of a legal provision with the Constitution, without declaring its nullity, declares the obligation of the Legislator to resolve the unconstitutional condition and to improve or abolish the law.⁵⁷⁸ An early example of this sort of injunctive decision regarding the Legislator was adopted in 1981 with respect to a provision of the Civil Code (Article 1579) that established the regime of alimony, specifically the possibility of its reduction or suppression for equitable reasons and in particular, the exceptions to the reduction based on the impossibility for the holder of the pension to carry on remunerative work due to the attention to be given to the child the former spouse had. This exception was challenged in a particular judicial case that reached the Tribunal, which found that, though motivated by educational and family reasons, the rigidity of the provision prevented the courts from adjusting it to individual circumstances, violating article 2.1 of the Constitution (individual freedom). Consequently, the Tribunal decided that “the Legislator must establish a new regime taking into account the principle of proportionality. The Legislator is free to decide whether to adopt an additional provision or to modify the second part of article 1579.”⁵⁷⁹

In another case, on professional conflicts of interest as contrary to the fundamental right of everyone to choose his or her profession, the Tribunal also issued orders to the Legislator but without leaving it any alternative. The Tribunal found a specific legal conflict of interest (preventing tax counsels from exercising commercial activities) unconstitutional in certain situations, concluding that:

576 See J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 42.

577 See Supreme Court judgment of 21 March 2003, NJ 2003/691 (*State v. Waterpakt*); J. Uzman, T. Barkhuysen, and M. L. van Emmerik, *Dutch National Report*, p. 38.

578 See I. Härtel, *German National Report*, p. 9.

579 See BVerfG, decision of July 14, 1981, BVerfGE 57, 381, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 263–268.

“[f]ollowing the principle of proportionality, the Legislator must establish transitory dispositions for the cases in which to immediately end commercial activities could signify a heavy burden. It is for the Legislator to fix the content of these transitory provisions.”⁵⁸⁰

Another classic example is the Federal Constitutional Tribunal decision in a case of reimbursement for electoral expenses in the electoral campaign of 1969, in which article 18 of the Political Parties Law was considered contrary to article 38 of the Constitution, which guaranteed the equality of candidates in elections. The Constitutional Tribunal ordered the Legislator to substitute the provision declared unconstitutional by issuing another according to the Constitution; it even indicated to the Legislator what not to do to avoid aggravating the unconstitutional inequalities.⁵⁸¹

Other important cases in which the Federal Constitutional Tribunal has established “legislative programmes” in certain decisions include the Numerus-Clausus decision,⁵⁸² the decision concerning professors,⁵⁸³ the decision on abortion, and the decision on alternative civilian service.⁵⁸⁴ For instance, in the Numerus-Clausus decision and the decision concerning professors, the Tribunal structured the basic rights as participation rights, which guarantee state services, and deducted from this a limitation of university places, and instruction to the Legislator on how to arrange the Numerus-Clausus.⁵⁸⁵

A similar sort of decision of the Constitutional Court can be found in Belgium, one of the most illustrative cases being the one related to the electoral constituency of Bruxelles-Hal-Vilvorde Province, in which in a decision issued in 2003, after finding that the enlargement of the constituency coincided with the one of the Province, the Constitutional Court urged the Legislator to put an end to the unconstitutionality found, establishing in the case a term for the Legislature to do so.⁵⁸⁶

This last technique of issuing orders to the Legislator that impose a term or deadline for it to take the necessary legislative action has been developed in many countries, reinforcing the character of constitutional courts as direct collaborators of the Legislators. In Germany, this technique is considered the general rule in the Federal Constitutional Tribunal’s decisions containing injunctions to the Legislator,

580 See BVerfG, decision of February 15, 1967, BVerfGE 21, 183, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 259–262.

581 See BVerfG, decision of March 9, 1976, BVerfGE 41, 414, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 275–278.

582 See BVerfGE 33, 303; I. Härtel, *German National Report*, p. 14 (footnote 89).

583 See BVerfGE 35, 79; I. Härtel, *German National Report*, p. 14 (footnote 90).

584 See BVerfGE 48, 127; I. Härtel, *German National Report*, p. 14 (footnote 91).

585 See I. Härtel, *German National Report*, p. 15.

586 See CA n° 73/2003 du 26 mai 2003, in P. Popelier, *Belgian National Report*, p. 4.

whether those injunctions establish a fixed date, or the occurrence of a fact not yet determined, a reasonable term, or in the near future.⁵⁸⁷ The power of the Tribunal has been deducted from article 35 of the Law regulating its functions (BVerfG),⁵⁸⁸ which states that “in its decision the Federal Constitutional Tribunal may state by whom it is to be executed; in individual instances it may also specify the method of execution.” According to I. Härtel, “the setting of a deadline is meant to provide a form of pressure against the Legislator and thereby serve the enactment of justice found by the BVerfG.”⁵⁸⁹ In a recent case on inheritance tax, the Federal Constitutional Court declared unconstitutional the current capital-transfer tax and fixed a deadline of December 31, 2008, for the Legislator to restore a legal condition in conformity with the Constitution.⁵⁹⁰ The unconstitutional statute, which had been considered valid until said resolution, therefore maintained validity for more than another year, which was justified by the Tribunal, which pointed out that, in the case of a violation of the principle of equity (Art. 3.1 Constitution) several possibilities for correcting the unconstitutional condition are available to the Legislator, so that the regulation under review is not annulled but simply declared incompatible with the Constitution.⁵⁹¹

Another classical example of these decisions is one issued by the Federal Constitutional Tribunal in 1998 on an individual’s freedom to exercise a particular profession, where it considered a provision of a statute contrary to article 12.1 of the Constitution. The Tribunal argued, “Nonetheless, the violation of the Constitution does not lead to the annulment of the provision due to the fact that the Legislator has various possibilities to put an end to the declared unconstitutionality,” thus limiting the Tribunal “only to verify[ing] the incompatibility of the unconstitutional provision with article 12,1 of the Constitution.” The Tribunal also indicated, “The Legislator is oblige[d] to replace the questioned provision with a regulation in harmony with the Constitution before January 1, 2001.”⁵⁹²

In a similar sense, in Austria, the Constitutional Court has the power to issue such guidelines for the Legislator that establish the rules to be applied in future legislation. One of the most important decisions of the Constitutional Court, as

587 See I. Härtel, *German National Report*, pp. 7–8; Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 288 ff.

588 See I. Härtel, *German National Report*, p. 9.

589 *Id.*, p. 9.

590 BVerfG, court order from 2006-11-7, reference number: 1 BvL 10/02. I. Härtel, *German National Report*, p. 7.

591 I. Härtel, *German National Report*, p. 8.

592 BVerfG, decision of November 10, 1998, BVerfGE 99, 202, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 295.

summarized by Ulrich Zellenberg⁵⁹³ and referred to by Konrad Lachmayer, relates to the creation of self-governing corporations that exist besides local, municipal self-government, playing an important role in Austrian administration. In a series of decisions, the Constitutional Court established the conditions that the Legislator must meet to create such self-governing bodies, particularly in the field of social insurance. In decision VfSlg 8215/1977, the *Salzburger Jägerschaft* (Salzburg Hunting Association) case, the Court ruled on the requirements with which the Legislator must comply to establish self-governing corporations; it provided rules ensuring state-supervision over administrative affairs and within the autonomous sphere of competencies. In decision VfSlg 8644/1979, the Constitutional Court added the need to provide for a democratic way of nominating the officials of the self-governing corporation. In VfSlg 17.023/2003, the Constitutional Court subjected the action of the self-governing corporation to the principle of efficiency. In decision VfSlg 17.869/2006, the Austrian Constitutional Court restricted the self-governing bodies to enact regulations only with regard to persons within their sphere of competence; that is, they must not address persons who are not its members.⁵⁹⁴

In Croatia, the Constitutional Court also instructed the Legislator in general terms as to how to enact legislation, particularly on matters of the restriction of human rights. This was the case in Decision No. U-I-673/1996, of April 21, 1999, which repealed several provisions of the Law on Compensation for Property Expropriated during the Yugoslav Communist Rule.⁵⁹⁵ In that case, as mentioned by Sanja Barić and Petar Bačić, the Court found that some restrictions to the right to dispose of property were disproportionate to the goal the Law attempted to achieve and contradicted the constitutional provisions on the restriction of human rights and freedoms. The Court seized the opportunity to instruct the legislators on future practice by emphasizing that any limitation of human rights and freedoms, be it necessary and Constitution based, represented “an exceptional state, because it does not abide by the general rules regarding constitutional rights and freedoms.” The Constitutional Court decided: “Because of this, not only must these restrictions be based on the Constitution, but they also have to be proportional to the target goal and purpose of the law. In other words, this goal and purpose must be achieved with as little interference in the constitutional rights of citizens as possible (if the restrictions can be graduated, of course).”⁵⁹⁶

In France, given the traditional a priori judicial review of legislation exercised by the Constitutional Council, one of the most important means to ensure the enforcement of the Council’s decisions are the directives called *réserves*

593 Ulrich Zellenberg, “Self-Government and Democratic Legitimacy,” Vol. 3, *ICL-Journal* 2/2009, 123 (<http://www.icl-journal.com>); Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 10 (footnote 28).

594 See Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 10.

595 See Decision and Resolution of the Constitutional Court, n° U-I-673/1996, dated April 21, 1999, *Official Gazette* “Narodne novine,” 39/1999; Decision U-I-902/1999, of January 25, 2000, *Official Gazette* “Narodne novine,” 14/2000; Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, p. 24 (footnote 65).

596 See Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, p. 25.

d'interprétation or *réserves d'application*. By means of these directives, the Council establishes the conditions for the law to be enforced and applied, and the directives are aimed at the administrative authorities who must issue the regulations of the law and to the judges who must apply the law.⁵⁹⁷

Finally, in Colombia, the Constitutional Court has also ruled on the unconstitutionality of relative omissions by the Legislator and has exhorted Congress to sanction the corresponding statute. This was, for example, the case of the decision of the Constitutional Court issued when reviewing article 430 of the Labor Code, which prohibits strikes in public services. The Court in Decision No. C-473/94 reviewed the omission of the Legislator regarding the sanctioning of the legislation concerning the right to strike in essential public services, and “exhort[ed] Congress to legislate in a reasonable term” the corresponding legislation on the matter in accordance with the Constitution.⁵⁹⁸

III. CONSTITUTIONAL COURTS AS PROVISIONAL LEGISLATORS

In many other cases, in addition to constitutional courts issuing orders for the Legislator to enact legislation in a specific way and on a fixed or determined date, which occurs particularly on matters of legislative omissions, constitutional courts have also assumed the role of being provisional Legislators by including in their decisions provisional measures or regulations to be applied in the specific matter considered unconstitutional, until the Legislator sanctions the statute it is obliged to produce. In these cases, the court immediately stops the application of the unconstitutional provision, but to avoid the vacuum that annulment can create, the court temporarily establishes certain rules to be applied until new legislation is enacted.⁵⁹⁹ Constitutional courts, in these cases, in some way act as “substitute legislators,” not to usurp their functions but to preserve their legislative freedom.⁶⁰⁰

This technique has also been applied in Germany, on the basis of an extensive interpretation of the same article 35 of the Federal Constitutional Tribunal’s Law, from which the Tribunal deducted that it has the power to enact general rules to be applied pending the sanctioning by the Legislator of the legislation on the matter in harmony with the Constitution. In these cases, the Tribunal has assumed an

597 See Bertrand Mathieu, *French National Report*, p. 10.

598 See Germán Alfonso López Daza, *Colombian National Report I*, p. 10; Mónica Liliana Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia,” in Juan Vega Gómez and Edgar Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2002, pp. 322–323.

599 See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 333 ff.

600 See Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política,” in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XIX, n° 57, Mexico City 1986, pp. 848–849.

“auxiliary” legislative power, acting as a “parliamentary reparation enterprise” and “eroding the separation of powers.”⁶⁰¹

The most important and interesting case ruled by the Federal Constitutional Tribunal in this regard has been the one rendered in 1975, referring to the reform of the Criminal Code regarding the partial decriminalization of abortion.⁶⁰² The Tribunal found unconstitutional the provision (Article 218a of the Criminal Code) requiring the Legislator to establish more precise rules; it further found that, “[i]n the interest of the clarity of law (*Rechtsklarheit*), it seems suitable, according to article 35 of the Federal Constitutional Tribunal Law, to establish a provisory regulation that must be applicable until the new provisions would be enacted by the Legislator.” The result was the inclusion in the Tribunal’s decision of a detailed “provisional legislation” on the matter, which was immediately applicable and did not fix any precise date for the Legislator to act.⁶⁰³ Fifteen years later, in 1992, a new statute was approved regarding help to pregnant women and to families, which was challenged because it was contrary to article 1 of the Constitution, which guarantees human dignity. In 1993, the Federal Constitutional Tribunal issued a new decision on the matter of abortion,⁶⁰⁴ finding much of the reform contrary to the Constitution and establishing itself, in an extremely detailed way, as “real legislator” on all the rules applicable to abortion in the country.⁶⁰⁵ Of course, the Tribunal based its decision on article 35 of the Law, which has been considered insufficient to support this sort of detailed substitutive legislation.⁶⁰⁶

In Switzerland, the Supreme Court has also provided for rules to fill the gap due to legislative omissions concerning enforcement of constitutional rights. For instance, regarding the proceedings on the detention of foreigners, the Supreme Court concluded that the Swiss legal system did not sufficiently protect the right of

601 See the references to the opinions of W. Abendroth, H.-P. Scheider, and R. Lamprech works in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 341 (footnotes 309 and 310).

602 BVerfG, decision of February 25, 1975, BVerfGE 39, 1, (68), in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 342 ff.; I. Härtel, German National Report, p. 14.

603 Id.

604 BVerfG, decision of May 28, 1993 (Schwangerschaftsabbruch II), February 25, 1975, BVerfGE 88, 203, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 346 ff.

605 See the whole text of the regulation in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 348–351 ff.

606 See the references in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 352.

asylum seekers to protection of their freedom. After mentioning that the Legislator must act immediately, it ruled that it was “not prevented from establishing principles, for a transitional period until the effective date of a new rule of law, such that at least . . . the right to freedom pursuant to Article 5 clause 1 of the EHRC will be guaranteed to a sufficient extent.”⁶⁰⁷ On matters of expropriation, because the respective Law was tailored to the classic case of the compulsory deprivation of property, it does not establish the rules regarding limitations on property that are tantamount to an expropriation (quasi expropriation), and it has developed the conditions and modalities of these forms of expropriation.⁶⁰⁸ Even today, the Supreme Court case law in these areas continues to play the role of legislative rules.⁶⁰⁹

In other cases, also mentioned by Tobias Jaag, the Supreme Court has also filled the gap produced by other relative legislative omissions. For instance, in deviation from the Planning and Construction Law of the Canton of Zurich, the Federal Supreme Court approved a zone for public buildings outside of the construction zone to enable sports facilities to be erected. The Court held the legislative rule to be manifestly incomplete to the extent that, contrary to its meaning, it failed to make distinctions that “according to all reason . . . were to be drawn.”⁶¹⁰ For the introduction of the numerus clausus at universities, the Supreme Court, in the absence of a legislative rule, formulated strict requirements.⁶¹¹ For telephone monitoring within the scope of criminal investigations, the Supreme Court likewise developed rules by requiring that affected persons be notified and providing for exceptions from this requirement.⁶¹²

In India, and as a consequence of deciding direct actions for the protection of fundamental rights established in article 32 of the Constitution, the Supreme Court has assumed the role of provisional legislator on matters related to police arrest and detention. Surya Deva summarized the case as follows. In August 1986, a nongovernmental organization (NGO) addressed a letter to the Chief Justice of India drawing his attention to certain deaths reported in police lockups and custody. The letter, along with some other similar letters, was treated as a writ petition under Article 32 of the Constitution, for which purpose the Supreme Court issued notices to all state governments and to the Law Commission, with a request to make suitable suggestions. After making reference to constitutional and statutory provisions and international conventions, the Supreme Court, in *D K Basu v. State of West Bengal*,⁶¹³ issued eleven requirements, as follows:

607 See BGE 123 II 193, 201 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 1 (footnote 57).

608 See BGE 91 I 329 ff. (substantive expropriation); BGE 94 I 286 ff. (appropriation of rights of neighbors); Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 16 (footnote 89).

609 For instance, a decision issued in 2008, on compensation based on aircraft noise: BGE 134 II 49 ff. and 145 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 16 (footnote 90).

610 See BGE 108 Ia 295, 297; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 17 (footnote 91).

611 See BGE 121 I 22 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 17 (footnote 92).

612 See BGE 109 Ia 273, 298 ff.; Tobias Jaag, *Swiss National Report*, p. 17 (footnote 92).

613 See (1997) 1 SCC 416; Surya Deva, *Indian National Report*, pp. 6–7.

§ 7. CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS.
XVIII CONGRESS. WASHINGTON, 2010

“We, therefore, consider it appropriate to issue the following requirements to be followed in all cases of arrest or detention till legal provisions are made in that behalf as preventive measures:

1. The police personnel carrying out the arrest and handling the interrogation of the arrestee should bear accurate, visible and clear identification and name tags with their designations. The particulars of all such personnel who handle interrogation of the arrestee must be recorded in a register.

2. That the police officer carrying out the arrest of the arrestee shall prepare a memo of arrest at the time of arrest and such memo shall be attested by one witness, who may either be a member of the family of the arrestee or a respectable person of the locality from where the arrest is made. It shall be countersigned by the arrestee and shall contain the time and date of arrest.

3. A person who has been arrested or detained . . . shall be entitled to have one friend or relative or other person known to him or having an interest in his welfare being informed, as soon as practicable, that he has been arrested and is being detained at the particular place. . . .

4. The time, place of arrest, and venue of custody of an arrestee must be notified by the police where the next friend or relative of the arrestee lives outside the district or town through the Legal Aid Organization in the district, and the police station of the area concerned, telegraphically, within a period of 8 to 12 hours after arrest.

5. The person arrested must be made aware of this right to have someone informed of his arrest or detention as soon as he is put under arrest or is detained. . . .

8. The arrestee should be subject to medical examination by a trained doctor every 48 hours during his detention in custody. . . .

9. Copies of all the documents . . . should be sent to the Magistrate for his record.

10. The arrestee must be permitted to meet his lawyer during interrogation, though not throughout the interrogation.”⁶¹⁴

The Court observed that these requirements, which flow from Articles 21 and 22 of the Constitution, must be complied with by all government agencies and that any breach will render the concerned official liable for departmental action, as well as for contempt of court. Even though the requirements were seemingly intended to be a temporary stop-gap arrangement, they continue to be the main rules applicable to dealing with details of arrest and detention.

Another important decision in this same line regarding the protection of human rights was the one adopted in the *Vishaka v. State of Rajasthan* case,⁶¹⁵ on matters of sexual harassment of women at the workplace. The Supreme Court decided on

614 Id.

615 See AIR 1997 SC 3011; Surya Deva, *Indian National Report*, p. 8 (footnote 49).

petitions filed before it by social activists and nongovernmental organizations for the enforcement of the rights of working women under Articles 14, 19, and 21 of the Constitution (the right to equality, the right to carry on any profession or trade, and the right to life and liberty, respectively). The Supreme Court, though acknowledging that the primary responsibility for protecting these rights of working women lies with the legislature and executive, in cases of sexual harassment that resulted in the violation of fundamental rights of women workers, found that “an effective redressal requires that some guidelines should be laid down for the protection of these rights to fill the legislative vacuum” and consequently, it not only laid down a detailed definition of sexual harassment but also imposed a duty on the employer or other responsible persons in workplaces or other institutions “to prevent or deter the commission of acts of sexual harassment and to provide the procedures for the resolution, settlement or prosecution of acts of sexual harassment by taking all steps required.” The Court also issued guidelines covering several different aspects, including taking preventive steps, initiating criminal proceedings under the criminal law, taking disciplinary action, establishing a complaint mechanism, and spreading awareness of the guidelines. The Supreme Court concluded by directing that “the above guidelines and norms would be strictly observed in all workplaces for the preservation and enforcement of the right to gender equality of the working women. These directions would be binding and enforceable in law until suitable legislation is enacted to occupy the field,” having been extended to be applied in nonstate entities such as private companies.⁶¹⁶

In these sorts of judicial review decisions, where the constitutional courts issue provisional regulations by interpreting the Constitution, it is possible to mention one decision issued by the Federal Supreme Tribunal of Brazil, through a *súmula vinculante* in which the Tribunal, after adopting a few decisions regarding the prohibition of nepotism in the Judiciary, concluded that, for the implementation of such practice, no formal law needed to be sanctioned because it can be deducted from the principles contained in article 37 of the Constitution. The Tribunal declared that the practice of nepotism (i.e., the appointment of a spouse, partner, or parent of the director or chief executive) in any of the branches of government of the Union, the States, the federal District, and the Municipalities violates the Constitution.⁶¹⁷ Another important case for the Brazilian Federal Supreme Tribunal was the decision adopted when analyzing the constitutionality of the demarcation of indigenous people’s land in the area of Raposa Serra do Sol, in Roraima State. After many discussions and political conflicts, the Tribunal decided to sustain the constitutionality of the demarcation made by the Federal Union, but it determined for the demarcation of indigenous peoples’ land a detailed set of rules establishing

616 Id., p. 9.

617 See Súmula Vinculante nº 13, STF, DJ 1º.set.2006, ADC 12 MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto; Luis Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do legislador positivo,” *Brazilian National Report III*, pp. 33–37.

the conditions to always be met in all future demarcation process; this resulted in a decision with *erga omnes* effects.⁶¹⁸

In Venezuela, it is possible to find cases where the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, in the absence of corresponding statutes, has issued decisions containing legislation. In Decision No. 1682 of August 15, 2005, answering a recourse of interpretation of article 77 of the Constitution, the Constitutional Chamber, in exercising its normative jurisdiction, established that the de facto stable relations between men and women have the same effects as marriage. The Constitutional Chambers established that the decision applied to all of the legal regime regarding such de facto stable relations and determined the civil effects of marriage applicable to them, including matters of pensions, use of partner's name, economic regime, and succession rights, thereby completely substituting itself for the Legislator.⁶¹⁹

In another case, the Constitutional Chamber has also legislated, this time *ex officio*, and in a decision issued in an amparo proceeding regarding the process of *in vitro* fertilization. In Decision No. 1456 of July 27, 2006, in effect, the Chamber also exercised its normative jurisdiction to determine *ex officio* the legislative provisions on the matter, including rules on parenthood, assisted reproduction, nonconsensual fertilization, retributive donation, surrogate mothers, and rules on succession.⁶²⁰ In this case, the Chamber not only acted as positive legislator in establishing all the provisions applicable in case of *in vitro* fertilization or assisted reproduction, but also ordered the application of the new rules to the particular case involved in the decision, thus giving retroactive effects to the legislative provisions it created, in violation of article 24 of the Constitution, which prohibits the retroactivity of laws.

In all these cases of judicial means established or developed for controlling legislative omissions, it is always important to have in mind the warning given by Justice Cardozo about this problem:

“[L]egislative inaction – or the inability of groups to win the necessary votes to pass desired legislation – may lead to attempts to have the judiciary accomplish by judicial review what the legislature has refused to do.”⁶²¹

618 See STF, DJ 25.set.2009, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto; Luis Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do Legislador Positivo,” *Brazilian National Report III*, pp. 43–46.

619 See Decision 1682 of July 15, 2005, *Carmela Manpieri, Interpretation of article 77 of the Constitution* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 19.

620 See Decision n° 1456 of July 27, 2006, *Yamilex Núñez de Godoy* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 19–20.

621 See Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books, New York 1986, p. 238; *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid 1991, p. 325.

CHAPTER 5

CONSTITUTIONAL COURTS AS LEGISLATORS ON MATTERS OF JUDICIAL REVIEW

One particular aspect in which it is possible to identify interferences of constitutional courts in the legislative function is precisely in matters of legislation on judicial review, particularly in countries with concentrated systems of judicial review, in which not only constitutional courts have created rules of procedure in spite of the existence of a special statute establishing them, but also they have assumed new powers of judicial review and created new actions that can be filed before the courts.

I. CONSTITUTIONAL COURTS CREATING THEIR OWN JUDICIAL REVIEW POWERS

1. *The Judge-Made Law Regarding the Diffuse System Of Judicial Review*

In the diffuse, or decentralized, system of judicial review, being a power attributed to all courts, judicial review has always been deduced from the principle of the supremacy of the Constitution and of the duty of the courts to discard statutes contrary to the Constitution, always preferring the latter. Such power of the courts, consequently, does not need an express provision in the Constitution that instructs courts to give preference to the Constitution. As Chief Justice Marshall definitively stated in *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137 (1803)):

Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule . . . so, if a law be in opposition to the constitution . . . the court must determine which of these conflicting rules governs the case: This is the very essence of judicial duty. If then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

Consequently, because of this essential link between supremacy of the Constitution and judicial review, in the United States, judicial review was a creation of the courts – this was also the case in Norway (1820);⁶²² in Greece (1897);⁶²³ and in Argentina, a few decades later, where judicial review was also a creation of the respective Supreme of High Court, based on the principles of supremacy of the Constitution and judicial duty in applying the law.

In Argentina, the first case in which judicial review was exercised for a federal statute was the *Sojo* case (1887), concerning the unconstitutionality of a law that

622 See Eivind Smith, *Norway National Report*, p. 1.

623 See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *Greek National Report*, p. 2.

tried to extend the original jurisdiction of the Supreme Court,⁶²⁴ similar to *Marbury v. Madison*. In Argentina, the Supreme Court has also developed in case law the contours of its judicial review powers, including binding effects –what has been called an “Argentinean *stare decisis*” effect⁶²⁵ – and in some cases of protection of collective rights, *erga omnes* effects.⁶²⁶

2. *The Extension of Judicial Review Powers to Ensure the Protection of Fundamental Rights*

But most important, particularly regarding the protection of fundamental rights and liberties, constitutional courts in many Latin American countries, in their character of supreme interpreter of the Constitution, in the absence of legislation, have created the action of amparo as a special judicial means for the protection of fundamental rights. This was the case also in Argentina, where, in the 1950s, when constitutional rights, other than physical and personal freedom protected by the habeas corpus action, were protected only through ordinary judicial means, the courts found that habeas corpus could not be used for such purpose. That is why, for instance, in 1933, the Supreme Court of the Nation in the *Bertotto* case⁶²⁷ rejected the application of the habeas corpus proceeding to obtain judicial protection of other constitutional rights. This situation radically changed in 1957 as a result of the decision of the Angel Siri case, where the petitioner requested amparo for the protection of his freedom of press and his right to work (because of the closing of the newspaper, *Mercedes*, which he directed in the province of Buenos Aires). This case eventually led the Supreme Court, in a decision of December 27, 1957, to admit the action of amparo, because it found that the courts needed to protect all constitutional rights, even in the absence of a statutory regulation on such action.⁶²⁸

624 See H. Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, Buenos Aires 1978, p. 481. Before 1863, the first Supreme Court decisions were adopted in constitutional matters but referred to provincial and executive acts.

625 See Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 347.

626 See Halabi case, Fallos 332: (2009); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 12.

627 See the references to the Bertotto case in Joaquín Brage Camazano, *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Mexico City 2005, p. 66.

628 See the reference to the Siri case in José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 26 ff., 373 ff.; Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 5; Néstor Pedro Sagües, *Derecho procesal constitucional: Acción de amparo*, Vol. 3, 2nd ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 9 ff. See also Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 7; Néstor Pedro Sagües, *Argentinean National Report II*, pp. 13–14.

This important decision was followed by another, the *Samuel Kot* case, of October 5, 1958, where the Supreme Court extended the scope of the amparo proceeding to include the protection of constitutional rights against individuals, not only against authorities.⁶²⁹ In 1958, the amparo action was regulated in a federal statute, and in the 1994 constitutional reform, it was incorporated in the Constitution (article 43). Nonetheless, before the constitutional reform took place recognizing collective rights like the right to a clean environment and consumers' rights, the Supreme Courts in *Verbitsky* (2005) and *Halabi* (2009) introduced another important reform to the habeas corpus and amparo proceeding by recognizing collective protection and class actions.⁶³⁰ In particular, for class actions, the Supreme Court developed the main rules concerning new class actions, explaining how the courts must act in face of legislative silence on the matter and defining their character, standing conditions, and requirements for representation.⁶³¹

In India, the most important remedy used for judicial review is that established in articles 32 and 226 of the Constitution to enforce fundamental rights, which provides that the Supreme Court shall have the power for such purpose to issue directions or orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto, and certiorari, whichever may be appropriate. The Court has interpreted this remedial provision widely so as to liberalize the standing requirements,⁶³² thus enabling the courts to entertain voices (including in the form of judicial review petitions) from a larger populace, and on occasion even from civil society organizations, which has approached the Court for the enforcement of collective or diffused rights. This has given rise to what is called public interest litigation (PIL) in India, which has led to the Court's expansive interpretation of fundamental rights and matters related to them; thus, it has led to the courts acting as legislators.⁶³³

629 See the references to the *Samuel Kot Ltd.* case of September 5, 1958, in S. V. Linares Quintana, *Acción de amparo*, Buenos Aires, 1960, p. 25; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 243 ff.; Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 6.; Susana Albanese, *Garantías judiciales: Algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar S. A. Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2000; Augusto M. Morillo et al., *El amparo: Régimen procesal*, 3rd ed., Librería Editora Platense SRL, La Plata 1998, 430 pp.; Néstor Pedro Sagües, *Derecho procesal constitucional, Vol. 3, Acción de amparo*, 2nd ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.

630 See *Verbitsky* case, Fallos 328:1146 (2005); and *Halabi* case, Fallos 332:(2009); Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, *Argentinean National Report I*, p. 9.

631 See Néstor Pedro Sagües, *Argentinean National Report II*, pp. 14–19.

632 See *S P Gupta v. Union of India* AIR 1982 SC 149; *PUDR v. Union of India* AIR 1982 SC 1473; *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India* (1984) 3 SCC 161; Surya Deva, *Indian National Report*, p. 2.

633 See Surya Deva, *Indian National Report*, pp. 2, 4–5.

In 1999, the Dominican Republic was still the only Latin American country without a constitutional provision establishing the amparo, a situation that did not impede the Supreme Court of Justice from allowing it, applying for that purpose the American Convention on Human Rights. That occurred in a decision of February 24, 1999, in the *Productos Avon S.A.* case, when the Supreme Court, on the basis of the American Convention on Human Rights, admitted the amparo recourse for the protection of constitutional rights, assigned the power to decide on amparo matters to the courts of first instance,⁶³⁴ and established the general procedural rules for the proceeding. Later, the amparo action was regulated in a statute (2006), and in the constitutional reform of 2009, it was incorporated in the Constitution (article 72). In these cases, the principle of prevalence of human rights declared in the Constitution led the Supreme Courts to create this specific judicial mean of protection, so it was extended in all Latin America.⁶³⁵

The Courts, nonetheless, can interpret the judicial review powers attributed to them in the Constitution and adapt their implementation or expand their scope, as has occurred in Brazil with the *mandado de injunção*, to effectively control the relative omissions of the Legislator. In Brazil this can be found in a leading case deciding on the application to civil servants of the rules of strike in the private sector.⁶³⁶ This has led Luís Roberto Barroso to say that, because of this change in its jurisprudence, the Federal Supreme Tribunal, with constitutional authorization, “has given a step, a long step, in the sense of acting as positive legislator.”⁶³⁷

In the Slovak Republic, the constitutional complaint for the protection for fundamental rights, given the delay established for the entry in force of the constitutional amendment of article 127 establishing the complaint (December 31, 201), was “created” by the Court despite the previous means of protection repealed as of July 1, 2001. As it has been summarized by Ján Svák and Lucia Berdisová, from July 1, 2001, until December 31, 2001, there did not exist a national means by which natural or legal persons could have pleaded the infringement of their fundamental rights and freedoms before the Constitutional Court. The Constitutional Court filled this vacuum of protection with extensive interpretation of article 124 of the Constitution, which states that “the Constitutional Court shall be an independent judicial authority vested with the mandate to protect constitutionality.” The Court deduced from this article that it does have the competence to deal with individual motions by natural persons and legal persons that are pleading infringement of their

634 See Samuel Arias Arzeno, “El amparo en la República Dominicana: Su evolución jurisprudencial,” in *Revista Estudios Jurídicos*, Vol. XI, nº 3, Ediciones Capeldom, 2002.

635 See Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study on Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, p. 68.

636 See STF, DJ 31.out.2008, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; Luis Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do legislador positivo,” *Brazilian National Report III*, pp. 28–33.

637 See Luis Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do Legislador Positivo,” *Brazilian National Report III*, p. 33.

constitutional rights (no matter how they were called – petition or complaint) even in the period of time from July 1, 2001, until December 31, 2001.⁶³⁸ The Constitutional Court argued:

“The Constitutional Court is according to art. 124 of the Constitution the judicial authority for protection of constitutionality. This article constitutes the competence of the Constitutional Court to protect mainly fundamental rights and freedoms guaranteed by the Constitution. The Constitutional Court is led by this imperative even after the nullification of the paragraphs about petition (from July 1, 2001) until the entry into force of art. 127 of the Constitution (January 1, 2002) and so it is entitled and obliged to provide individual protection of fundamental rights and freedoms while the court also relies on art. 1 of the Constitution, which states that Slovak Republic is the state governed by the rule of law. That is why fundamental rights and freedoms cannot be even temporarily deprived of judicial protection as to art. 124 of the Constitution in connection with other articles that guarantee fundamental rights and freedoms.”⁶³⁹

The Constitutional Court thus acted as if the institute of petition had been repealed not from July 1, 2001, but from January 1, 2002.

In Venezuela, the Constitutional Chamber, in Decision No. 656 of June 30, 2000, admitted the direct amparo action for the protection of diffuse and collective rights and interests established in the Constitution⁶⁴⁰ and established the standing conditions for the filing of the action in Decision No. 1395 of November 21, 2000.⁶⁴¹ It ruled a year later on the rules of procedure to be applicable in such cases in Decision No. 1571 of August 22, 2001.⁶⁴²

638 See Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovak National Report*, p. 9.

639 Decision of the Constitutional Court n° III. ÚS 117/01. The Court similarly justifies its decision in III. ÚS 124/01: In the period of time from July 1, 2001, to December 31, 2001, the competence of the Constitutional Court was founded on the art. 124 in connection with art. 1 of the Constitution and it was so “in order to provide protection of constitutionality including protection of guaranteed fundamental rights and freedoms of natural persons and legal persons.” See also II. ÚS 80/01, III. ÚS 100/01, III. ÚS 116/01; Ján Svák and Lucia Berdisová, *Slovak National Report*, p. 9 (footnote 14).

640 See Decision n° 656 of June 30, 2000, *Dilia Parra Guillen (Peoples' Defender)* case, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/656-300600-00-1728%20.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 11.

641 See Decision n° 1395 of November 21, 2000, *William Dávila* case, in *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 330 ff.; Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 12.

642 See Decision n° 1571 of August 22, 2001, *Asodevipirilara* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm>; Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 12.

3. *The Need for the Express Provision in the Constitution of Judicial Review Powers of the Constitutional Jurisdiction and Its Deviation*

Particularly in concentrated systems of judicial review, the idea of the supremacy of the constitution and the duty of the courts to say which law is applicable in a particular case⁶⁴³ has a limitation: the power to judge the unconstitutionality of legislative acts and other state acts of similar rank or value is reserved to a supreme court of justice or to a constitutional court or tribunal. Thus, in the concentrated system of judicial review, all courts have the power only to act as a constitutional judge and to decide on the constitutionality of other norms applicable to the case, regarding acts other than statutes or acts adopted in direct execution of the Constitution.⁶⁴⁴ Consequently, the concentrated system of judicial review, based also on the supremacy of the Constitution, when reserving constitutional justice functions regarding certain state acts to a constitutional jurisdiction, cannot be developed by deduction through the work of the supreme court decisions, as happened in many countries with the diffuse system of judicial review.

On the contrary, of course, because of the limits that the system imposes on the duty and power of all judges to say which law is applicable in the cases they are to decide, only when prescribed *expressis verbis* through constitutional regulations is it possible to establish the concentrated system of judicial review. The Constitution, as the supreme law of the land, is the only text that can establish limits on the general power and duty of all courts to say which is the law applicable in a particular case and to assign that power and duty in certain cases regarding certain state acts to a specific constitutional body, whether the supreme court of justice or a constitutional court or tribunal.

Therefore, the concentrated system of judicial review must be established and regulated expressly in the Constitution,⁶⁴⁵ as constitutional courts are always constitutional bodies, that is, state organs expressly created and regulated in the Constitution, whether they be the supreme court of justice of a given country or a specially created constitutional court, tribunal, or council.

The consequence of the express character of the system of judicial review is that, in principle, on the one hand, only the Constitution can determine the judicial

643 See W. K. Geck, "Judicial Review of Statutes: A Comparative Survey of Present Institutions and Practices," *Cornell Law Quarterly*, 51, 1966, p. 278.

644 See Manuel García Pelayo, "El 'Status' del Tribunal Constitucional," in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, Madrid 1981, p. 19; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1981, p. 65. In particular, in concentrated systems, the tribunals or courts empowered with administrative justice functions can always act as constitutional judge regarding administrative acts. See C. Frank, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, Paris 1974.

645 See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 185 ff.; Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed., Lima 2009, p. 41.

review powers of constitutional courts not being allowed to create without constitutional support different means of judicial review; and on the other hand, only the legislation issued by the Legislator can develop the rules of procedure and the way constitutional courts can exercise their powers of judicial review.

The practice in many countries, nonetheless, has been different – sometimes they adapt their own judicial review powers, and other times they create them.

As aforementioned, one of the main characteristics of the concentrated judicial review system is that the constitutional court exclusively can make constitutional attributions on matters of judicial review of legislation. Such power can only be given to specific constitutional organs by means of a constitutional provision. Consequently, contrary to the diffuse method of judicial review, the concentrated judicial review powers of the constitutional courts cannot be created by the courts themselves; that is, they cannot be the product of judge-made law. That is why in all constitutional systems where a concentrated system of judicial review has been established, it is the Constitution that creates or regulates the constitutional jurisdiction attributing to a specific constitutional court the power of judicial review regarding legislation; the courts are not allowed themselves to create new judicial review powers not attributed to them in the Constitution.

But constitutional courts, in some cases, have extended or adapted their constitutional powers. For instance, they created the technique of exercising judicial review in declaring statutes unconstitutional but without annulling them, as well as the technique of extending the application of the unconstitutional statute for a term and issuing directives to the Legislator for it to legislate in harmony with the Constitution. This technique was developed in Germany, as mentioned by I. Härtel, “without statutory authorization, in fact *contra legem*, as the BVerfG assumed until 1970 the compelling connection between the unconstitutionality and the invalidity of a norm.”⁶⁴⁶ In the reform of the Federal Constitutional Tribunal Law sanctioned in 1970, the Legislator officially recognized the judge-made law (Articles 31, 79), thereby allowing the Tribunal to declare a provision unconstitutional without annulling it, a matter that still is discussed.⁶⁴⁷ That is why – referring to the decision of the Federal Constitutional Tribunal on the inheritance tax case,⁶⁴⁸ where the Tribunal declared unconstitutional the current capital-transfer tax and fixed a deadline of December 31, 2008, for the Legislator to restore a legal condition in conformity with the Constitution – Härtel also pointed out, “The BVerfG has therefore as a kind of ‘emergency Legislator’ created a law-like condition; it has

646 See I. Härtel, *German National Report*, p. 8; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 162.

647 See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 93, 94; F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 6.

648 BVerfG, court order from 2006-11-7, reference number: 1 BvL 10/02. See I. Härtel, *German National Report*, p. 8.

‘invented’ a new decision type.”⁶⁴⁹ The same can be said regarding the powers that the Federal Constitutional Tribunal has assumed, for example, issuing provisional legislative rules and measures with substitute legislation as a consequence of the declaration of unconstitutionality of certain provisions. The Constitutional Court in these cases, through judge-made law, has assumed a role that principally corresponds to the Legislator.⁶⁵⁰

In Spain, the same process of judge-made law has been developed by the Constitutional Tribunal, which can declare provisions unconstitutional without annulling them, despite a provision to the contrary in the Organic Law of the Constitutional Tribunal, which states: “[W]hen the decision declares the unconstitutionality, it will also declare the nullity of the challenged provisions” (article 39.1). Spain’s Constitutional Tribunal also tried to legitimate this *contra legem* procedural technique in the draft reform of its Organic Law in 2005, which was not sanctioned as drafted.⁶⁵¹

But in other cases, constitutional courts have created their own judicial review powers not established in the Constitution. As aforementioned, in concentrated systems of judicial review, constitutional courts as Constitutional Jurisdiction cannot exist and cannot exercise their functions of judicial review of legislation without an express constitutional provision that establishes them. That is, as a matter of principle, in democratic regimes governed by the rule of law and the principle of separation of powers, all the powers of constitutional courts must be expressly provided for in the Constitution or in the law as prescribed in the Constitution. Therefore, within the concentrated system of judicial review, it is not possible for the constitutional court to create its own judicial review powers or to expand those established in the Constitution.⁶⁵²

Constitutional courts are an exception regarding the general power of the courts to apply and guarantee the supremacy of the Constitution, being the Constituent Power the one that in order to preserve the Constitution, can exclude or restrict ordinary courts from that task. Being then an exception, and because of the assignment to a constitutional court of the monopoly of Constitutional Jurisdiction, it must be expressly created in the Constitution with expressly established powers.

649 See I. Härtel, quoting Steiner, ZEV 2007, 120 (121) and Schlaich/Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7th ed. 2007, margin number 395, *German National Report*, p. 9.

650 See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 354.

651 See F. Fernández Segado, *Spanish National Report*, p. 6, 11.

652 See, e.g., Francisco Eguiguren and Liliana Salomé, *Peruvian National Report I*, p. 17; Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, p. 3.

Nonetheless, in some countries, it is possible to find a deformation of this principle, as in Venezuela,⁶⁵³ where the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, despite the powers established in article 336 of the Constitution, has created new powers of judicial review not envisaged in the Constitution. In particular, without any constitutional or legal support, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal created in 2000 a recourse for the abstract interpretation of the Constitution, based on the interpretation of its Article 335, which grants the Supreme Tribunal the character of “superior and final interpreter of the Constitution.”⁶⁵⁴ Although in the Constitution the only recourse of interpretation established is the recourse of interpretation of statutes that can be filed before the various Chambers of the Supreme Tribunal, and only in cases expressly provided for in each statute (Article 266.6), the Constitutional Chamber created this recourse, providing as the only condition for standing that the petitioner must invoke an actual, legitimate, and juridical interest in the interpretation that is needed regarding his or her particular and specific situation. For such purpose, the Constitutional Chamber has held that the petition must always point to “the obscurity, the ambiguity or contradiction between constitutional provisions,” and the decisions of the Chamber have *erga omnes* and *ex nunc* effects.⁶⁵⁵

This sort of recourse seeking the abstract interpretation of statutes gives the Constitutional Court powers to issue bindings “opinions,” which generally are not related to a specific case or controversy, which in general terms is considered a function outside the scope of constitutional courts.

653 See Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: La inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad,” in *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319–362.

654 The recourse was created by Decision n° 1077 of September 22, 2000, *Servio Tulio León* case; in *Revista de Derecho Público*, n° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ff. The procedural rules regarding the recourse were established in decision of the same Constitutional Chamber, n° 1415 of November 22, 2000, *Freddy Rangel Rojas* case. See the comments to these decisions in Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” in *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional*, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, September 2005, pp. 463–489; *Revista de Derecho Público*, n° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7–27; Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla,” in *Renouveau du droit constitutionnel: Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris 2007, pp. 61–70.

655 Of the Constitutional Chamber, see Decision n° 1309 of June 19, 2001, case: *Hermann Escarráa*, and Decision n° 1684 November 4, 2008, case: *Carlos Eduardo Giménez Colmenárez*, in *Revista de Derecho Público*, n° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 66 ff

To create this recourse, the Chamber based its decision on Article 26 of the Constitution, which establishes the people's right to have access to justice, considering therefore that "citizens do not require a statutory provision establishing the recourse for constitutional interpretation, to file it." On the basis of that argument, the Chamber found that no constitutional or legal provision was necessary to allow the development of such recourse.⁶⁵⁶ Three years later, the National Assembly sanctioned the Organic Law of the Supreme Tribunal, which regulated the general means for judicial review, as it was the will of the Legislator to exclude from the powers of the Constitutional Chamber the ability to decide on recourses of abstract interpretation of the Constitution. Nonetheless, the Constitutional Chamber has continued to develop the regulation of the recourse in subsequent decisions, for the purpose of issuing declarative ruling of mere certainty on the scope and content of a constitutional provision.⁶⁵⁷

This extraordinary interpretive power, though theoretically an excellent judicial means for the interpretation of the Constitution, unfortunately has been extensively abused by the Constitutional Chamber to distort important constitutional provisions, to interpret them in a way contrary to the text, or to justify constitutional solutions according to the will of the Executive, because the initiative to file many recourses has been in the hands of the Attorney General. This was the case, for instance, with the various Constitutional Chamber's decisions regarding the consultative and repeal referenda between 2002 and 2004, where the Chamber confiscated and distorted the people's constitutional right to political participation.⁶⁵⁸ One of the last notoriously politically motivated decisions of the Constitutional Chamber that has been issued using these powers was in answering a petition filed by the Attorney General, not for the purpose of interpreting the Constitution but for the purpose of interpreting a decision of the Inter-American Court of Human Rights that condemned the Venezuelan State for violations of due process rights and judicial guarantees of

656 See Decision n° 1077 of the Constitutional Chamber of September 22, 2000, case: Servio Tulio León Briceño, *Revista de Derecho Público*, n° 83, Caracas, 2000, pp. 247 ff. This criterion was ratified later in decision n° 1347, dated September 11, 2000, *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 264 ff.

657 See, e.g., Decision n° 1347 of the Constitutional Chamber, dated November 9, 2000, in *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 264 ff.; Decision n° 2651 of October 2003 (case: *Ricardo Delgado (Interpretación artículo 174 de la Constitución)*), in *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 327 ff.

658 See Decision Nos. 1139 of June 5, 2002, *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios* case; n° 137 of February 13, 2003, *Freddy Lepage y otros* case; n° 2750 of October 21, 2003, *Carlos E. Herrera Mendoza* case; n° 2432 of August 29, 2003, *Luis Franceschi y otros* case; and n° 2404 of August 28, 2003, *Exssel Ali Betancourt Orozco, Interpretación del artículo 72 de la Constitución* case. See the comments on these decisions in Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional versus el estado democrático de derecho: El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004.

various superior judges who were illegally dismissed.⁶⁵⁹ The result of this process before the Supreme Court was that by means of Decision No. 1.939 of December 18, 2008, the Constitutional Chamber did not “interpret” anything, particularly because judicial decisions are not to be interpreted but to be applied, but just considered the international Court decision was unenforceable in Venezuela, recommending the Executive to denounce the American Convention on Human Rights.⁶⁶⁰

In another case, the Constitutional Chamber created a judicial review power expanding the scope of an existing provision of the Constitution, as it has happened regarding the general power of review the Constitution grants the Constitutional Chamber regarding final decisions adopted by the courts on matters of amparo proceedings and in cases when the diffuse method of judicial review is applied (article 336.10).

Even though the express scope of this discretionary power of review regarding judicial decisions issued by inferior courts granted to the Constitutional Chamber is precise, the Chamber has modified the Constitution and has assumed, first, powers of review regarding any judicial decision in which a court departs from the interpretation given to a constitutional provision by the same Constitutional Chamber or regarding which the Chamber considers that constitutional principles have been violated by the judicial decision; and second, powers of review on the same grounds of decisions issued by other Chambers of the Supreme Tribunal, consequently assuming a de facto superior hierarchy in the Judiciary that the Constitution has not conferred on it.⁶⁶¹

Three years later, the Organic Law of the Supreme Tribunal was sanctioned (2004), and this modification of the Constitution was not included by the National Assembly, a fact that did not prevent the Constitutional Chamber, through a new

659 See decision of the Inter-American Court of Human Rights of August 5, 2008, *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* case, at <http://www.corteidh.or.cr>. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 182.

660 Decision n° 1.939 of December 18, 2008, *Attorney General Office* case, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>. See the comment on this decision in Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 13, Madrid 2009, pp. 99–136. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 7–8.

661 See Decision n° 93 of February 6, 2001, *Corpoturismo* case, in *Revista de Derecho Público*, n° 85–88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 406 ff., at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/93-060201-00-1529%20.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 6.

decision issued the same year, 2004,⁶⁶² to insist that the rule it established in 2001, despite the provisions of the Organic Law, was to continue to apply.

Another judicial review power that the Constitutional Chamber has assumed without any constitutional support is the incidental concentrated means of judicial review, which is found in countries where a concentrated system of judicial review is established exclusively – this is nonexistent in countries adopting a mixed system of judicial review where the concentrated method is combined with the diffuse method, as happens in many Latin American countries. Nonetheless, despite Venezuela having a mixed system of judicial review, the Constitutional Chamber in a clearly contradictory way has created the possibility of this incidental means of judicial review for the Constitutional Chamber to decide on the annulment of an unconstitutional statute, which is completely contradictory with the diffuse judicial review powers of all courts.⁶⁶³

II. CONSTITUTIONAL COURTS CREATING PROCEDURAL RULES ON JUDICIAL REVIEW PROCESSES

One of the specific matters in which judicial review of legislative omissions has taken place has been in the cases where constitutional courts have created rules of procedures for the exercise of their constitutional attributions when those have not been established in the legislation regulating their functions.

For such purpose, constitutional courts, such as the Constitutional Tribunal of Peru, have claimed to have procedural autonomy in exercising their extended powers to develop and complement their decisions, but the procedural rules applicable in the judicial review process are not expressly regulated in statutes.⁶⁶⁴ Nonetheless, the Constitutional Tribunal of Peru has established some limits to its procedural autonomy; its exercise cannot expand judicial review powers of the Tribunal that are not expressly established in the Constitution.⁶⁶⁵

662 See Decision n° 1992 of September 8, 2004, Peter Hofle case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/1992-080904-03-2332%20.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 7.

663 See Decision 2588 of December 11, 2001, Yrene Martínez case, in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2588-111201-01-1096.htm>; Decision 806 of April 24, 2002, *Sintracemento* case (annulment of article 43 of the Organic Law of the Supreme Tribunal), at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/806-240402-00-3049.htm>; Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 9.

664 See Resolution of the Constitutional Tribunal, Exp. n° 0020-2005-AI/TC, FJ 2; Francisco Eguiguren and Liliana Salomé, *Peruvian National Report I*, p. 14; Fernán Altuve-Febres, *Peruvian National Report II*, pp. 22–23.

665 See Francisco Eguiguren and Liliana Salomé, *Peruvian National Report I*, p. 17.

In Germany, the same principle of procedural autonomy (*Verfahrensautonomie*) has been used to explain the powers developed by the Federal Constitutional Tribunal to complement procedural rules of judicial review. This was the case, for instance, with the application of article 35 of the Law of the Federal Constitutional Tribunal, which establishes that the Court can establish how such execution will take place. On the basis of this provision, for instance, the Federal Constitutional Court established a term for its decision to be applied, which is fixed according to different rules, for instance, a precise date like the end of the legislative term.

In other cases, judicial interference on legislative matters related to rules of procedures on matters of judicial review has been more intense. For instance, in Colombia, the Constitutional Court has assumed the exclusive competency to establish the effects of its own decisions, considering unconstitutional and annulling the provisions of the Law (Decree 2,067 of 1991) regulating its organization and functions in which the Legislator established rules regarding such effects (Articles 21 and 22).⁶⁶⁶

In Venezuela, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, in the absence of legislative rules, has established procedural rules, according to the authorization provided in article 19 of its Organic Law to establish a more convenient procedure for accomplishing its constitutional justice functions, “provided that they have legal basis.” Consequently, in these cases, it has invoked its normative jurisdiction to establish the procedural rules for judicial review when not regulated in statutes. This has happened, precisely, on matters of judicial review regarding absolute legislative omission and the habeas data proceeding.

Regarding judicial review of absolute omissions, though established in the Constitution (article 336.7), its procedure was not regulated in the 2004 Organic Law of the Supreme Tribunal; consequently, the Constitutional Chamber in Decision No. 1556 of July 9, 2002, established the regulation on the matter to be applied until the National Assembly approved the statute establishing the procedural rules.⁶⁶⁷

Regarding the procedural rules on matters of habeas data – through which any person can have access to information about him- or herself gathered in official or private registries; has the right to know the use and purpose of such information; and has the right to ask for its updating, rectification, or destruction when erroneous or in cases where it illegitimately affects those rights⁶⁶⁸ – in 2001, the Constitutional

666 See Decision C-113/93; Germán Alfonso López Daza, *Colombian National Report I*, p. 9.

667 See Decision n° 1556 of July 9, 2002, *Alfonzo Albornoz and Gloria de Vicentini* case, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1556-090702-01-2337%20.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 10–11.

668 See Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999: Derecho constitucional venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, Vol. II, pp. 759 ff.

Chamber assumed exclusive jurisdiction to decide direct habeas data actions.⁶⁶⁹ The Chamber ruled that it would establish the corresponding procedure for the exercise of its functions: in 2003, in Decision No. 2551 of November 24, 2003,⁶⁷⁰ the Chamber based its ruling on the provision of Article 102 of the Law of the Supreme Court of Justice of 1976, which authorized the Supreme Court to establish the rules of procedure in all those cases not expressly regulated by the Legislator. In 2004, the new Organic Law of the Supreme Tribunal was sanctioned, repealing the former 1976 Organic Law of the Supreme Court without providing specific rules of procedure for the habeas data action. Thus, the Constitutional Chamber proceeded to modify its previous ruling and reformed the rules of procedure applicable to the habeas data actions in Decision No. 1511 of November 9, 2009.⁶⁷¹

The foundation for this decision was the immediate applicability of article 27 of the Constitution establishing the amparo proceeding and the attribution to the Chamber of guaranteeing and interpreting the Constitution. The Court reasoned that it had acted “in order to fill the existing vacuum existing in relation to this highly innovative constitutional action of habeas data.”⁶⁷²

FINAL REMARKS

From all of what I have said, and after analyzing the role of constitutional courts as positive legislators in comparative law – leaving aside the cases for the pathology of judicial review that are directed not to reinforcing democratic principles and evolution but to dismantling democracy using in an illegitimate way a democratic tool⁶⁷³ – it is possible to deduce the following two conclusions.

669 See Decision n° 332 of March 14, 2001, *Insaca* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/332-140301-00-1797%20.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 12.

670 Case: *Jaime Ojeda Ortiz*; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/2551-240903-03-0980.htm>. See also Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 13.

671 See Mercedes Josefina Ramírez, *Acción de Habeas Data* case; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1511-91109-2009-09-0369.html> See in Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, p. 13.

672 See Allan R. Brewer-Carías, “El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional,” in Eduardo Andrés Velandia Canosa (coord.), *Homenaje al Maestro Héctor Fix Zamudio. Derecho Procesal Constitucional*. Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional Mayo 26, 27 y 28 de 2010, Bogotá 2010, pp. 289–295.

673 On Venezuela, see Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy in Venezuela: The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York, 2010.

First, as noted at the beginning of this study, there is no longer a sharp distinction between two models of judicial review. In the contemporary world there is the experience of judicial review systems in a transformation, convergence, and mixture that was not possible to envision one hundred years ago, when the confrontation between the diffuse and concentrated methods of judicial review began to be imagined.

Second, the clear and simple system of the concentrated judicial review model, based on the binomial unconstitutionality-invalidity, or unconstitutionality-nullity, exercised by a Constitutional Court as a negative legislator, is nowadays difficult to defend.⁶⁷⁴

In fact, contemporary constitutional comparative law shows the existence of constitutional courts that have progressively assumed roles that decades ago corresponded only to the Constituent Power or to the Legislator; in some cases, they have discovered and deduced constitutional rules, particularly on matters of human rights not expressively enshrined in the Constitution and that could not be considered to have been the intention of an ancient and original Constituent Power. In other cases, constitutional courts have progressively been performing legislative functions, complementing the Legislator in its role of lawmaker and, in many cases, filling the gaps resulting from legislative omissions, sending guidelines and orders to the Legislator, and even issuing provisional legislation.

Nonetheless, the important results of a comparative law approach to the subject of constitutional courts as positive legislators are the common trends that can be found in all countries and in all legal systems; trends that are more numerous and important than the possible essential and exceptional differences, which confirms the importance of comparative law.

That is why, in matters of judicial review, constitutional courts in many countries – to develop their own competencies and exercise their powers to control the constitutionality of statutes, to protect fundamental rights, and to ensure the supremacy of the Constitution – have progressively begun to study and analyze similar work developed in other Courts and in other countries, thus enriching their rulings.

674 The model, as defined by Judge Marek Safjan, in the Polish National Report, was characterized as follows: “It is not the competence of the constitutional court to make laws or to bring into the legal order any normative elements, which have not been established before under an appropriate legislative procedure; therefore, the constitutional court may not replace the legislator in this process. The constitutional review is based on a coherent structure of a hierarchical legal system and the constitutional court has to operate within this order, drawing its own competence from the constitutional legislator. Judgments passed by the constitutional court cannot contain anything that has not been already proclaimed by the supreme norm laid down in the Constitution whereas the role of the constitutional review will always be limited to the application of law – although placed at the highest level of the normative hierarchy – and cannot involve creation of norms.” See Marek Safjan, *Polish National Report*, p. 1.

Today, it is common to find in constitutional courts' decisions constant references to decisions issued on similar matters or cases by other constitutional courts. So it can be said that, in general, there is no aversion to using foreign law to interpret, when applicable, the Constitution.

On matters of fundamental rights, for instance, the process of the internationalization of the constitutionalization of such rights in the way it has occurred during the past sixty years has resulted in a globalization process regarding the general applicable regime, which is indistinctively used to control the constitutionality or the conventionality of statutes, producing uniform principles of constitutional law never seen before.

Consequently, on the matter of judicial review, it is simply incomprehensible to pretend that the judicial solutions in a given country – on matters of the right to equality and nondiscrimination, or the right to privacy or due process, or the right not to be subject to torture – could be considered an endemic matter exclusively to a particular country, and that in the interpretation of the Constitution of the country, it is impossible to rely on judicial solutions to the same problems in other countries. This is at least a general trend that, with the exception of some judges and scholars in the United States, is possible to identify in comparative law, as a subject like the one studied in this General Report demonstrates.

Consequently, in general terms, for a public comparative law scholar, it is incomprehensible that nominees to the U.S. Supreme Court have the almost-inevitable duty to express in their confirmation hearings before the Senate, for example, that “American Law does not permit the use of foreign law or international law to interpret the Constitution,” and this a “given” question regarding which “[t]here is no debate.”⁶⁷⁵

A different matter is the possible use of foreign law in the U.S. universities for academic purposes. Regarding this assertion, Justice Ruth Bader Ginsburg has said that she “frankly [doesn't] understand all the brouhaha lately from Congress and even from some of my colleagues about referring to foreign law,” explaining that the controversy was based in the misunderstanding that citing a foreign precedent means the court considers itself bound by foreign law as opposed to merely being influenced by such power as its reasoning holds. That is why she formulated the following question: “Why shouldn't we look to the wisdom of a judge from abroad with at least as much ease as we would read a law review article written by a professor?”⁶⁷⁶

675 Judge Sonia Sotomayor, at the confirmation hearing before the Senate, on July 15, 2009. See “Sotomayor on the Issues,” *New York Times*, July 16, 2009, p. A18.

676 See Adam Liptak, “Ginsburg Shares Views on Influence of Foreign Law on Her Court, and Vice Versa,” in *New York Times*, April 12, 2009, p. 14.

And this is precisely what is now common in all constitutional jurisdictions all over the world: constitutional courts commonly consider that, with respect to foreign law, when they have to decide on the same matter and on the basis of the same principles, in the same way that they would study the matter through others authors' opinions and analysis from books and articles, they can also rely on courts' decisions from other countries, which can be useful because those courts dealt not only with a theoretical proposition, but also with a specific solution already applied to resolve a particular case.

ADDENDUM

SYNTHESIS REPORT: CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW*

PRELIMINARY REMARKS

1. *The Subordination of Constitutional Courts to the Constitution*

In all democratic countries, constitutional courts¹ have the same role of interpreting and applying the Constitution to preserve its supremacy by testing the constitutionality or conventionality of statutes,² and to ensure the prevalence of the democratic principle and of fundamental rights, they even have the role of adapting the Constitution when societal changes and time impose such a task.

* Synthesis of the General Report, Subject IV.B.2, *Constitutional Courts as “Positive Legislators*, XVIII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Washington, July 27, 2010.

1 For the purpose of the General Report, because of the variety of solutions, I have used the phrase “constitutional court” in a general sense to refer to any court acting as constitutional judge.

2 For the purpose of the General Report, I have used the phrase “control of constitutionality” to include not only judicial review of statutes regarding their conformity with the Constitution but also control of conventionality, in the sense of their conformity with international conventions – particularly on matters of human rights, as in the Netherlands, the United Kingdom, France, and many Latin American countries – and their conformity with Constitutional Conventions (what John Bell calls constitutional review in the *United Kingdom National Report*). See generally Ernesto Rey Cantor, *El control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Ed. Porrúa, Mexico City 2008; Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos),” in *Estudios Constitucionales*, Year 7, n° 2, Santiago de Chile 2009, pp. 109–128.

This is true in all systems of constitutional judicial review, where a progressive convergence of principles and solutions has consolidated over the past decades.³ Today it is difficult even to draw clearly the classic distinction between the concentrated and the diffuse systems of judicial review,⁴ which were so commonly used during many decades.⁵

In all the systems, the basic principle that can be identified is that constitutional courts, in accomplishing their roles, must always be subordinated to the Constitution, not allowed to invade the field of the Legislator or of the constituent power. The contrary would be, as asserted by Sandra Morelli in the Colombia

-
- 3 See Lucio Pegoraro, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos,” in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico City 2004, pp. 131 ff.; Alfonse Celotto, “La justicia constitucional en el mundo: Formas y modalidades,” in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico City 2004, pp. 3 ff.
 - 4 See, e.g., Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Librería Bonomo Editrice, Bologna 2003, pp. 40 ff.; Francisco Fernández Segado, “La obsolescencia de la bipolaridad ‘modelo Americano-modelo europeo-kelseniano’ como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa,” in *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*, Vol. I, Ed. Dykinson, Madrid 2009, pp. 129–220; Guillaume Tusseau, *Contre les “modèles” de justice constitutionnelle: Essai de critique méthodologique*, Bononia University Press, bilingual edition (French-Italian), Università di Bologna, Bologna, 2009; Guillaume Tusseau, “Regard critique sur les outils méthodologique du comparatisme. L’exemple des modèles de justice constitutionnelle,” *IUSTEL, Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 4, Madrid, January 2009, pp. 1–34.
 - 5 See Mauro Cappelletti, *Judicial Review in Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1971, p. 45; Mauro Cappelletti and J. C. Adams, “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations,” in *Harvard Law Review*, 79, 6, April 1966, p. 1207; Mauro Cappelletti, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado,” in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 61, 1966, p. 28; Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Allan R. Brewer-Carías, *Études de droit public comparé*, Bruylant, Brussels 2000, pp. 653 ff. On the distinction, it can be said that the only aspect of it that remains is the one referred to as the organ of control, in the sense that, in the diffuse system of judicial review, all courts are constitutional judges without the need for their powers to be expressly established in the Constitution. In the concentrated system, the Constitution must expressly establish constitutional jurisdiction, assigning to a single Constitutional Court, Tribunal, or Council, or to the existing Supreme or High Court or Tribunal of Justice, the power to control the constitutionality of statutes and to annul them.

National Report, to develop an “irresponsible judicial totalitarianism,”⁶ which of course is part of the pathology of judicial review.

That is, constitutional courts can assist the legislators in accomplishing their functions, but they cannot substitute for the Legislators and enact legislation – nor do they have any discretionary political basis for creating legal norms or provisions that cannot be deduced from the Constitution itself.

It is in this sense that it is possible to affirm as a general principle that constitutional courts still are considered – as Hans Kelsen used to say – negative legislators;⁷ they are not positive legislators in the sense that, as affirmed by Richard Kay and Laurence Claus, in the United States National Report, they are not able to consider, propound, or create *ex novo* pieces of legislation “of their own conception” or to introduce “reforms” for statutes conceived of by other legislative actors.⁸

2. *New Role of Constitutional Courts and the Question of Acting as Positive Legislators*

Although the general principle in comparative law continues to be to consider constitutional courts as not able to create *ex novo* pieces of legislation, the fact is that during the past decades, the role of constitutional courts has dramatically changed, because their role is not limited to declare the unconstitutionality of statutes or to annul or not annul a statute on the grounds of its unconstitutionality.

In all systems, new approaches have been developed, such as those based on the principle of conservation of statutes, given their presumption of constitutionality,

6 See Sandra Morelli, *La Corte Constitucional: Un papel por definir*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogota, 2002; and “The Colombian Constitutional Court: from Institutional Leadership, to Conceptual Audacity,” *Colombian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 3. See also Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” in *VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, September 2005, pp. 463–489, and in *Revista de Derecho Público*, n° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7–27; *Crónica sobre la “in” justicia constitucional: La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; and *Reforma constitucional y fraude a la Constitución*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

7 See Hans. Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la constitution (La Justice constitutionnelle),” in *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Librairie Général de Droit et the Jurisprudence, Paris 1928, pp. 197–257; Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2001.

8 See Laurence Claus and Richard S. Kay, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’ in the United States,” *U.S. National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 3, 5.

which empowers constitutional courts not to annul or declare them unconstitutional (even though they are contrary to the Constitution) but to interpret them according to the Constitution or in harmony with the Constitution. This has allowed the Courts to avoid creating any legislative vacuum and, in some cases, to fill permanently or temporarily the vacuums that annulment could cause.

In addition, it is now more frequent to see constitutional courts, instead of dealing with existing statutes, dealing with the absence of statutes or with absolute or relative omissions or abstention incurred by the Legislator. By controlling these omissions, constitutional courts in many cases assume the role of legislative assistant or auxiliaries, thus creating norms they normally deduct from the Constitution; in some cases, they substitute for the Legislator by assuming an open role of positive legislators, issuing temporary or provisional rules to be applied on specific matters pending the enactment of legislation.

Among the main tools for triggering this new role of constitutional courts has been the principles of progressiveness and the prevalence of human rights,⁹ as has occurred in many cases with the rediscovery of the right to equality and nondiscrimination. In these cases, in the interest of the protection of citizens' rights and guarantees, there have been no doubts in accepting the legitimacy of constitutional courts' activism interfering with the Legislative functions and applying constitutional principles and values.

In these matters, the main discussion today is directed not toward rejecting the legislative activities by the courts but toward determining the extent and limits of constitutional courts' decisions and the degree of interference allowed regarding Legislative functions, as expressed by Francisco Fernandez Segado, in the Spain National Report, to avoid "transforming the guardian of the Constitution into sovereign."¹⁰

My analysis of the subject of constitutional courts as positive legislators in comparative law¹¹ has allowed me to identify four main trends regarding the relations of the constitutional courts not only with the Legislator but also with the Constitutional Legislator, which can be considered as expressions of their activities acting as positive legislators.

9 See Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid 1987; Mónica Pinto, "El principio pro homine: Criterio hermenéutico y pautas para la regulación de los derechos humanos," in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997, p. 163.

10 See Francisco Fernández Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, Madrid 2008, p. 161.

11 For the preparation of the General Report, I received thirty-six National Reports from thirty-one countries: nineteen from Europe (including six from Eastern Europe), ten from the Americas (three from North America, five from South America, and two from Central America), one from Asia, and one from Australia.

First is the role of constitutional courts interfering with the Constituent Power by enacting constitutional rules and even mutating the Constitution. Second is the role of constitutional courts interfering with existing legislation, assuming the task of being assistants to the Legislator, complementing statutes, adding to them new provisions, and determining the temporal effects of legislation. Third is the role of constitutional courts interfering with the absence of Legislation due to absolute and relative legislative omissions, acting in some cases as provisional Legislators. Fourth is the role of constitutional courts as Legislators on matters of judicial review.

FIRST TREND: CONSTITUTIONAL COURTS INTERFERING WITH THE CONSTITUENT POWER

The first trend that comparative law shows us is the role of constitutional courts interfering with the constitutional Legislator, that is, with the Constituent Power, in some cases enacting constitutional rules, as when resolving constitutional disputes between State organs; when exercising constitutional control over constitutional provisions or over constitutional amendments; and when legitimately “mutating” the Constitution by means of adapting provisions to current times and thus giving them concrete meaning.

1. *Constitutional Courts Resolving Constitutional Federal Disputes and Enacting Constitutional Rules*

The first case refers to constitutional courts interfering with the Constituent Power when they resolve constitutional conflicts or disputes between State organs, which is a common role in Federal States, as highlighted by Konrad Lachmayer, in the Austrian National Report, referring to the Austrian Constitutional Court as having acted as a positive legislator, “enacting constitutional law” when exercising positive powers regarding the division of competences between the Federation and the Länder, having the final say on the matter.¹² It has also been the case in the United States, where on the basis of the commerce clause, the Supreme Court has been progressively determining the powers of the federal government regarding the states; it is difficult nowadays to imagine anything that Congress could not regulate.¹³ By means of the case law on matters related to the federal State, the Supreme Court’s decisions, without doubt, eventually have enacted constitutional rules; although in some cases, they have distorted the constitutional frame of power distribution, as has been the case in Venezuela.¹⁴

12 See Konrad Lachmayer, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators,’” *Austrian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 1–2.

13 See Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Publishers, New York 2006, pp. 259–260.

14 Decision of the Constitutional Chamber n° 565 of April 15, 2008, Case: *Procurador General de la República, Interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999*, available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>. See comments in Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la Constitución y

2. Constitutional Courts Exercising Judicial Review on Constitutional Provisions

The second way constitutional courts can participate in the enactment of constitutional rules is when they are empowered to review the Constitution itself, as is the case in Austria, where the Constitutional Court is empowered to confront the Constitution with its own basic principles, like the principle of democracy, the federal state, the *Rechtsstaat*, separation of powers, and the general system of human rights.¹⁵

3. Constitutional Courts Exercising Judicial Review on Constitutional Reforms and Amendments

The third way constitutional courts interfere with the Constituent Power is when they are empowered to review constitutional amendments, as is the case in Colombia, Ecuador, and Bolivia, although the power there is limited to its procedural aspects.¹⁶

In other countries, discussions have developed regarding the powers of constitutional courts to exercise judicial review powers on the merits of constitutional reforms or amendments, for instance, regarding the unchangeable constitutional clauses (*cláusulas pétreas*) expressly defined in the Constitution. The basic principle is that, in such cases, the courts' powers derive from the supremacy of those constitutional clauses. In such cases, to not confront the will of the people and not substitute the constituent power, the control must be exercised before the reform has been enacted through popular vote, when required.¹⁷

Nonetheless, even in the absence of constitutional authorization, there are cases of constitutional courts exercising judicial review regarding constitutional

la legitimidad de la jurisdicción constitucional: La 'reforma' de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional," in *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM and Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, Vol. 1, pp. 29–51.

15 Decision of the Constitutional Court, VfSlg 16.327/2001. See Konrad Lachmayer, "Constitutional Courts as Positive Legislators," *Austrian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 6 (footnote 20).

16 See the references in Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución: Venezuela 1999-2009*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp. 78 ff.

17 See Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución: Venezuela 1999-2009*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp. 78 ff.; and "La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad," in *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad: Congreso Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia, junio 14 al 17 de 2005, Bogotá, 2005, pp. 108–159.

amendments. This was the case in Colombia, where the Constitutional Court (February 26, 2010) annulled a Law convening a referendum for the purpose of approving a reform of an article of the Constitution directed to allow the reelection for a third period of the President of the Republic, by considering that such reform contained “substantial violations of the democratic principle,” introducing reforms implying the “substitution or subrogation of the Constitution.”¹⁸

In other cases, as in India, the Supreme Court has imposed “implied” limits on the power of Parliament to amend the Constitution, excluding basic features or basic structure of the Constitution,¹⁹ such as the scope of judicial review powers;²⁰ as a result, the Supreme Court has become, according to Surya Deva, author of the Indian National Report, “probably the most powerful court in any democracy.”²¹

4. *The Role of Constitutional Courts Adapting the Constitution on Matters of Fundamental Rights*

In the fourth case, constitutional courts interfere with the Constituent Power when they assume the role of adapting constitutional provisions by means of their interpretation, particularly on matters of fundamental rights. In these cases, according to Laurence Claus and Richard S. Kay, in the United States National Report, Constitutional, Courts “engage in positive constitutional lawmaking,” particularly when the rule they “formulate, creates ‘affirmative’ public duties.”²²

This role of constitutional courts has been the result of a discovering process of fundamental rights not expressly enlisted in the Constitutions, thus enlarging the scope of provisions to maintain a “living” Constitution.²³ Referring to the U.S.

18 The decision, in September 2010, has not been published. See the communiqué of the text of the decision (n° 9) published by the Constitutional Court on February 26, 2010, available at <http://www.corteconstitucional.com>. See the comments in Sandra Morelli, “The Colombian Constitutional Court: From Institutional Leadership, to Conceptual Audacity,” *Colombian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 13–16.

19 Case *Kesvananda Bharti v. State of Kerala*, Supreme Court of India, in Surya Deva, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators: The Indian Experience,” *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 5–6.

20 Cases *Waman Rao v. Union of India* AIR 1981 SC 271; *S P Sampath Kumar v. Union of India* AIR 1987 SC 386; and *L Chandra Kumar v. Union of India* AIR 1997 SC 1125, in *id.*, p. 6 (footnote 41).

21 *Id.*, p. 6.

22 See Laurence Claus and Richard S. Kay, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’ in the United States,” *U.S. National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 6.

23 See Mauro Cappelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado,” in *Revista de Estudios Políticos*, 13, Madrid 1980, p. 78; “‘The Mighty Problem’ of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis,” *Southern California Law Review*, 1980, p. 409.

Supreme Court's role in elaborating constitutional principles and values, Claus and Kay state that it "provides perhaps the most salient example of positive lawmaking in the course of American constitutional adjudication."²⁴ This was the case, for instance, beginning with *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), when the Supreme Court interpreted the equal protection clause of the Fourteenth Amendment to expound the nature of equality; or when having argued about the constitutional guarantee of due process (Amendments 5 and 14), or the open clause of Amendment 9, to construct the sense of liberty. This process has converted the Court, it has been said, into "the most powerful sitting [constitutional] lawmaker in the nation."²⁵

The same has happened in France, where the Constitution does not have a declaration of fundamental rights; the role of the Constitutional Council during the past decades has been precisely to mutate the Constitution, enlarging the bloc de constitutionnalité by giving constitutional rank, through the Preamble of the 1958 Constitution, the Preamble of the 1946 Constitution, and eventually the 1789 Declaration of Rights of Man and Citizen.²⁶

This role of constitutional courts adapting the Constitution to guarantee fundamental rights is a significant trend in comparative law, which can be identified in many countries with different systems of judicial review, as is the case in Switzerland, Germany, Portugal, Austria, Poland, Croatia, Greece, and India, where constitutional courts have introduced important changes in the Constitution and have expanded the scope of fundamental rights.²⁷

24 See Laurence Claus and Richard S. Kay, "Constitutional Courts as 'Positive Legislators' in the United States," *U.S. National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 12–13.

25 *Id.*, p. 20.

26 See Louis Favoreu, "Le principe de Constitutionnalité: Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel," *Recueil d'étude en hommage à Charles Eisenman*, Paris 1977, p. 34. On comparative law, see also Francisco Zúñiga Urbina, *Control de constitucionalidad y sentencia*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, n° 34, Santiago de Chile 2006, pp. 46–68.

27 See Tobias Jaag, "Constitutional Courts as 'Positive Legislators': Switzerland," *Swiss National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 11; I. Härtel, "Constitutional Courts as Positive Legislators," *German National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 12; Marek Safjan, "The Constitutional Courts as a Positive Legislator," *Polish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 9; Sanja Barić and Petar Bačić, "Constitutional Courts as Positive Legislators – National Report: Croatia," *Croatian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 23 ff.; Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, "Constitutional Courts as Positive Legislators," *Greek National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 14; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, "The Constitutional Courts as a Positive Legislator," *Portuguese National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC,

5. *The Mutation of the Constitution on Institutional Matters*

On matters other than fundamental rights, it is possible to find legitimate constitutional mutations made by constitutional courts referring to other key constitutional matters related to the organization and functioning of the State. The German Federal Constitutional Tribunal, for instance, in the case *AWACS-Urteil* of July 12, 1994,²⁸ ruled on the deployment in time of peace of missions of German Armed Forces to foreign countries, detailing a substitute legislation (provisional measures) ordering the Legislator and the Executive to proceed according to it, thus imposing the formal participation of the Legislator.

The Constitutional Court of Austria has even created a new constitutional framework to be followed by Parliament in areas not expressly provided in the Constitution, like the privatization process, imposing rules to all State authorities.²⁹

The Council of State of Greece has also imposed limits on matters of privatization excluding for instance police powers.³⁰ The Constitutional Court of the Slovak Republic has reshaped the constitutional provisions regarding the position and authority of the President of the Republic within the general organization of the State; the Court is considered by Ján Svák and Lucia Bertisová, in the Slovak Republic National Report, as “the direct creator of the constitutional system of the Slovak Republic.”³¹

Finally, the Supreme Court of Canada, through the important instrument of reference judgments, has created and declared constitutional rules, for instance, governing important constitutional processes as the patriation of Canada’s

July 2010, pp. 9-10; Surya Deva, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators: The Indian Experience,” *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 4.

- 28 Cases: BVferG, July 12, 1994, BVEffGE 90, 585–603, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif: Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 352–356.
- 29 Cases: “*Austro Control*” VfSlg 14.473/1996; “*Bundeswertpapieraufsicht*” (Federal Bond Authority) VfSlg 16.400/2001; “*E-Control*” VfSlg 16.995/2003; “*Zivildienst-GmbH*” (Compulsory Community Service Ltd), VfSlg 17.341/2004, in Konrad Lachmayer, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators” *Austrian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 11 (footnote 31).
- 30 Decision of the Council of State n° 1934/1998, ToS 1998, 598 (602-603), in Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *Greek National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 16 (footnote 125).
- 31 Decision n° I. ÚS 39/93, in Ján Svák and Lucia Berdisová, “Constitutional Court of the Slovak Republic as Positive Legislator via Application and Interpretation of the Constitution,” *Slovak National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 4.

Constitution from the United Kingdom (*Patriation Reference*, 1981);³² and the possible secession of Quebec from Canada (*Quebec Secession Reference*, 1998),³³ laying down as mentioned by Kent Roach, in the Canadian National Report, some basic rules to guide constitutional change and to avoid potential constitutional crises.

In these matters, unfortunately, there are also examples of constitutional courts mutating the Constitution with the purpose of destroying the democratic principle, as happened in Venezuela when the Constitutional Chamber implemented a rejected 2007 constitutional reform by means of constitutional interpretation.³⁴

SECOND TREND: CONSTITUTIONAL COURTS INTERFERING WITH EXISTING LEGISLATION

The most important and common role of constitutional courts is regarding existing legislation, not only declaring their unconstitutionality but also interpreting statutes in conformity to or in harmony with the Constitution and giving directives or guidelines to the Legislator.

1. *Constitutional Courts Complementing Legislative Functions by Interpreting Statutes in Harmony with the Constitution*

Constitutional courts have moved beyond the classical binomial of unconstitutionality-invalidity (or unconstitutionality-nullity) that confirmed the

32 Decision [1981] 1 S.C.R. 753, in Kent Roach, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *Canadian National Report*,” XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 9.

33 Decision [1998] 2 S.C.R. 217, in Kent Roach, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *Canadian National Report*,” XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 9.

34 See the comments on some cases in Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: El caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009),” in *Revista de Administración Pública*, n° 180, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2009, pp. 383–418; “El juez constitucional vs. la alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida),” in *Revista de Derecho Público*, n° 117, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 205–211; “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: La inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad,” in *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319–362; “La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: La ‘reforma’ de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” in *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM and Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, Vol. 1, pp. 29–51.

initial activity of constitutional courts as negative legislators.³⁵ On the contrary, constitutional courts progressively have assumed a more active role interpreting the Constitution and statutes, not only to annul or not apply them when unconstitutional but also to preserve the Legislator's actions and the statutes it enacts by interpreting them in harmony with the Constitution.³⁶ Thus, constitutional courts have become important constitutional institutions that assist and cooperate with the Legislator in its legislative functions.

These sorts of interpretative decisions have been widely used by the constitutional courts in Italy, Spain, France, and Hungary,³⁷ where in many cases courts have not annulled the challenged law and instead have ruled to modify its meaning by establishing new content, thus making the law constitutional as a result of the constitutional interpretation.³⁸

In all these cases, the interference of constitutional courts with existing legislation has followed two main courses of action: first, they complement legislative functions as provisional Legislators or add rules to existing legislation through interpretative decisions; second, they interfere with the temporal effects of existing legislation.

2. Constitutional Courts Complementing the Legislator by Adding New Rules (and a New Meaning) to the Existing Legislative Provision

When interpreting statutes in harmony with the Constitution and testing their unconstitutionality, constitutional courts, to avoid invalidating statutes, frequently

35 See F. Fernández Segado, "El Tribunal Constitucional como legislador positivo," *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 8 ff.

36 *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 346–48 (1936) (Justice Brandeis). The principle was formulated for the first time in the case *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 62 (1932). See "Notes: Supreme Court Interpretation of Statutes to Avoid Constitutional Decision," in *Columbia Law Review*, Vol. 53, n° 5, New York, May 1953, pp. 633–651.

37 See Gianpaolo Parodi, "The Italian Constitutional Court as 'Positive Legislator,'" *Italian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 3; Francisco Fernández Segado, "El Tribunal Constitucional como legislador positivo," *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 34; Bertrand Mathieu, "Le Conseil constitutionnel 'législateur positif. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative,'" *French National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 13; Lóránt Csink, Józef Petrétei, and Péter Tilk, "Constitutional Court as Positive Legislator," *Hungarian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 4.

38 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 59 ff.; and José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid 2007, pp. 129 ff.

create new legislative rules. On some occasions, they alter the meaning of the particular provision and add to its wording what it considers lacking.

These are so-called additive decisions, which have been extensively issued by the Italian Constitutional Court – as explained by Gianpaolo Parodi in the Italian National Report – through decisions that leave unaltered the text of the provision declared unconstitutional but transform “its normative meaning, at times reducing, at others extending the sphere of application, not without introducing a new norm into the legal system,” or creating new norms.³⁹ Additive decisions have also been applied in Germany by the Federal Constitutional Court and in Peru by the Constitutional Tribunal.

Additive decision have been regularly applied in cases related to protecting the right to equality and nondiscrimination, as courts seek to eliminate the differences established in the law. This is the case in Spain, where the Constitutional Tribunal extended to “sons and brothers” the benefit of Social Security pensions granted to “daughters and sisters”;⁴⁰ it also extended rights of married people to those living in a *de facto* marriage.⁴¹ These are cases in which Francisco Fernandez Segado, in the Spanish National Report, has said that is possible to consider the Spanish Constitutional Tribunal a “real positive legislator.”⁴²

A similar situation is found in Portugal, where the Constitutional Tribunal has extended to widowers the allowances assigned to widows;⁴³ to *de facto* unions, rights of married persons; and legal protection given to children of *de facto* unions, the allowances to children born to married parents.⁴⁴

39 See Gianpaolo Parodi, “The Italian Constitutional Court as ‘Positive Legislator,’” Italian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 6.

40 Decision STC 3/1993, January 14, 1993, in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 177, 274; F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como legislador positivo,” *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 42.

41 Decision STC 222/1992, December 11, 1992, in Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 181, 182, 275; F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como legislador positivo,” *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 41.

42 See F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como legislador positivo,” *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 48.

43 Decision nº 449/87 del Tribunal Constitucional, in Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *Portuguese National Report*, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 8.

44 *Id.*, p. 9.

Similarly, in South Africa, the Constitutional Court extended some rights of married couples to same-sex partners in long-term relationships.⁴⁵

In Canada, to allow same-sex marriages, the Ontario Court of Appeal struck down a definition of marriage as a union of a man and a woman and substituted for that the definition of marriage as a gender-neutral concept of a union between persons. These decisions, as affirmed in the Canadian National Report by Kent Roach, “amount to judicial amendments or additions to legislation.”⁴⁶

A similar solution of additive decisions to enforce the right to equality and nondiscrimination is found in many similar cases in the Netherlands, Peru, Costa Rica, Argentina, Poland, the Czech Republic, and France,⁴⁷ where, in a particular case regarding the right to respond on matters of television communications, as mentioned by Bertrand Mathieu, in the French National Report, the Constitutional Council substituted for the will of the Legislator.⁴⁸

3. Constitutional Courts Complementing Legislative Functions by Interfering with the Temporal Effects of Legislation

The second role of constitutional courts interfering with existing legislation pertains to the power of said Courts to determine the temporal effects of legislation.

-
- 45 See Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, pp. 111–112.
- 46 See Kent Roach, “Constitutional Courts as Positive Legislator,” *Canadian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 7.
- 47 See, e.g., Marek Safjan, “The Constitutional Courts as a Positive Legislator,” *Polish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 13–14; Lóránt Csink, József Petrétei, and Péter Tilk, “Constitutional Court as Positive Legislator,” *Hungarian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 5; Zdenek Kühn, “Czech Constitutional Court as Positive Legislator,” *Czech National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 9; J. Uzman T. Barkhuysen and M. L. van Emmerik, “The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?” *Dutch National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 14; Fernán Altuve Febres, “El juez constitucional como legislador positivo en el Perú,” *Peruvian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, pp. 14–15; Rubén Hernández Valle, “Las Cortes Constitucionales como legisladores positivos,” *Costa Rican National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 38; Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *Argentinean National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 17.
- 48 See Bertrand Mathieu, “Le Conseil constitutionnel ‘législateur positif. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l’exercice de la fonction législative,” *French National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 16.

Decades ago, the matter of the temporal effects of decisions issued by constitutional courts was one of the main aspects of the distinction between the diffuse and the concentrated systems of judicial review. Nowadays, this distinctive element has completely disappeared, and all the systems are converging, so the role of constitutional courts on matters of interfering with the temporal effects of legislation is common.

This can be seen, in comparative law, in three different situations: in postponing the effects of the Courts' decisions, in extending retroactively or prospectively the effects of the Courts' decisions, and in reviving repealed legislation as a consequence of the constitutional control.

A. The Power of the Constitutional Courts to Determine When Annulled Legislation Will Cease to Have Effect: Postponing the Effect of the Courts' Ruling

The first of the cases in which constitutional courts interfere with the legislative function in modulating the temporal effects of a decision declaring unconstitutional or null a statute is when constitutional court establishes *vacatio sententiae*, determining when annulled legislation will cease to have effects by postponing the effects of its own decision and extending the application of the invalidated statute. This is the situation in Austria, Greece, Belgium, the Czech Republic, France, Croatia, Brazil, Poland, and Peru.⁴⁹ In Mexico, if in principle the Supreme Court's decisions have general effects starting on the date of a decision's publication, the

49 See Konrad Lachmayer, "Constitutional Courts as Positive Legislators," *Austrian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 7; Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, "Constitutional Courts as Positive Legislators," *Greek National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 20; Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 87, 230, 235, 286, 309; P. Popelier, "L'activité du juge constitutionnel belge comme législateur," *Belgium National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 4–7; Zdenek Kühn, "Czech Constitutional Court as Positive Legislator," *Czech National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 12; Sanja Barić and Petar Bačić, "Constitutional Courts as positive legislators," *National Report: Croatia*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 17; Jairo Gilberto Schäfer and Vânia Hack de Almeida, "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a possibilidade de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 384; Domingo García Belaúnde and Gerardo Eto Cruz, "Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 283–284.

Court can establish another date to avoid legislative vacuums, thus giving time to the Legislator to enact new legislation to substitute for the annulled one.⁵⁰

The same solution is found in Germany; however, without a clear provision and only based in the article of the Federal Constitutional Tribunal Law that gives the Tribunal the power to establish the way in which the execution of its decisions will take place.⁵¹

Also, in Italy, although the Constitution clearly establishes that, when the Constitutional Court declares unconstitutional a statutory provision, its effects cease the day after its publication (Article 136),⁵² there are important decisions of the Constitutional Court that have deferred the effects of such a declaration.⁵³ The same has happened in Spain and Canada; in the absence of any legal rule on the matter, constitutional courts have assumed the power to postpone the beginning of the effects of annulment decisions.⁵⁴ In Argentina this has also happened, despite the diffuse system of judicial review.⁵⁵

-
- 50 See “Tesis jurisprudencial” P/J 11/2001, in SJFG, Vol. XIV, September 2001, p. 1008, in Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City, pp. 69; and “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 247–248.
- 51 Case BVferG, May 22, 1963 (Electoral Circuits), in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 299–300. Case BVferG, November 7, 2006 (State Tax), in I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *German National Report*, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 7.
- 52 The unapproved constitutional reform draft seeks to authorize the Constitutional Tribunal to postpone for up to one year the effects of its annulment decisions. See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 125 (footnote 166).
- 53 Decision nos. 370/2003; 13 and 423/2004 (on matter of education), in Gianpaolo Parodi, “The Italian Constitutional Court as Positive Legislator,” *Italian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 13.
- 54 Case Manitoba Language Reference [1985] 1 S.C.R. 721, in Kent Roach, “Constitutional Courts as Positive Legislator,” *Canadian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 7 (footnote 8).
- 55 Case Rosza, Jurisprudencia Argentina, 2007-III-414, in Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 352.

B. The Power of the Constitutional Courts to Determine When Annulled Legislation Will Cease to Have Effects: The Retroactive or Nonretroactive Effects of Their Own Decisions

Another aspect of the temporal effects of Constitutional Courts' decisions are their retroactive or nonretroactive effects. Again, all systems of judicial review are converging, and it is not possible to find rigid solutions.

a. *The Possibility of Limiting the Retroactive Ex Tunc Effects of Declarative Decisions*

The classic approach to these matters was that, as a matter of principle, in a diffuse system of judicial review, the judicial review decisions were considered declarative ones, with *ex tunc*, *ab initio*, and retroactive effects. This was the traditional principle, for instance, in the United States, where the U.S. Supreme Court's decisions had retroactive effects, particularly in criminal matters.⁵⁶ Nonetheless, the principle has been progressively relaxed as a result of its possible negative or unjust effects given the effects already produced by the unconstitutional statute. Thus, the former absolute rule has been abandoned, in recognition of its authority to give or to deny retroactive effects to its ruling on constitutional issues. The same solution has been followed in Argentina,⁵⁷ and in the Netherlands, regarding the control of conventionality of statutes.⁵⁸

The principle has also been relaxing in countries with a concentrated system of judicial review where the same possibility of retroactive principle was adopted for decisions annulling statutes. This is the case in Germany, where although the rule is for the declarative effects of the Federal Constitutional Tribunal, in practice it is uncommon to find decisions annulling statutes with purely *ex tunc* effects.⁵⁹ In Poland and Brazil, the constitutional courts are authorized to restrict the retroactive effects of their decisions and to give *ex nunc*, *pro futuro* effects to their decisions.⁶⁰

56 Case *Norton v. Selby County*, 118 U.S. 425 (1886), p. 442. See the critique of this decision in J. A. C. Grant, "The Legal Effect of a Ruling That a Statute Is Unconstitutional," *Detroit College of Law Review*, 1978, 2, p. 207.

57 Case Itzcovich, *Jurisprudencia Argentina* 2005-II-723, in Néstor P. Sagües, "Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 351.

58 Case *Boon v. Van Loon*, November 27, 1981, NJ 1982/503, in J. Uzman T. Barkhuysen and M. L. van Emmerik, "The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?" *Dutch National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 42 (footnote 138).

59 See Francisco Fernández Segado, "El Tribunal Constitucional como legislador positivo," *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 8, 14.

60 See, e.g., Marek Safjan, "The Constitutional Courts as a Positive Legislator," *Polish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC,

b. *The Possibility of Retroactive Effects for Ex Nunc Constitutive Decisions*

In countries with concentrated systems of judicial review, although the initial principle, following Kelsen, in the 1920 Austrian Constitution was that decisions of the Constitutional Court to annul a statute would have in principle *ex nunc, pro futuro*, or prospective effects,⁶¹ such principle has also been mitigated, particularly in criminal cases, to accept the retroactive effects of annulment. This general trend is commonly applied in Spain, Peru, France, Croatia, Serbia, the Slovak Republic, Mexico, and Bolivia.⁶² In other countries, like Venezuela, Brazil, Colombia, and Costa Rica, the constitutional courts are authorized to determine the temporal effects of its judicial review decisions, which can have or not have retroactive effects.⁶³

July 2010, p. 5; María Fernanda Palma, “O Legislador negativo e o interprete da Constituição,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 174, 329; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 174; Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 493; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *Portuguese National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 6; Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, “Constitutional Courts as ‘Negative Legislators’: The Brazilian Case,” *Brazilian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 26.

- 61 See Konrad Lachmayer, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *Austrian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 7–8.
- 62 See, e.g., Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 104–105, 126–127; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 192–194; Domingo García Belaúnde and Gerardo Eto Cruz, “Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 281–282.
- 63 See, e.g., Allan R. Brewer-Carías, “Algunas consideraciones sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales en el derecho venezolano,” in *Revista de Administración Pública*, nº 76, Madrid 1975, pp. 419–446, and *Justicia Constitucional: Procesos y procedimientos constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2007, pp. 343 ff.; Jairo Gilberto Schäfer and Vânia Hack de Almeida, “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a possibilidade de modular os efeitos de decisão de inconstitucionalidade,” in *Anuario*

4. *The Power of Constitutional Courts to Revive Repealed Legislation*

Finally, as a matter of principle – and according to Hans Kelsen’s 1928 writings⁶⁴ – judicial review decisions declaring null a statutory provision adopted by constitutional courts do not imply the revival of the former legislation, but the contrary has been adopted in Austria and applied in Portugal and Belgium.⁶⁵ In Poland, Mexico, and Costa Rica, it is for the constitutional courts to decide on the matter.⁶⁶

THIRD TREND: CONSTITUTIONAL COURTS INTERFERING WITH THE ABSENCE OF LEGISLATION OR WITH LEGISLATIVE OMISSIONS

In the contemporary world, one of the most important roles of constitutional courts is controlling not the constitutionality of existing legislation but the absence of such legislation or the omissions of statutes, which results when the Legislator does not comply with its constitutional obligation to legislate on specific matters or issues incomplete or discriminatory legislation.

Two sorts of legislative omissions are generally distinguished: absolute and relative. Both are subject to judicial review.⁶⁷

Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, pp. 383–384; Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City, p. 69; “Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 248.

64 See Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2001, p. 84.

65 See, e.g., Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 280, 281, 436–437.

66 See, e.g., Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico City, pp. 63–64, 74; “Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 252.

66 See Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 513; and “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 114.

67 See José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general, Derecho comparado, El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 33, 114 ff.

1. *Constitutional Courts Filling In Absolute Legislative Omissions*

Regarding judicial review over absolute legislative omissions, constitutional courts have carried out constitutional control through two judicial means: in deciding a direct action filed against the unconstitutional absolute omission of the Legislator and in deciding a particular action or complaint for the protection of fundamental rights filed against an omission of the Legislator that, in a particular case, prevents the possibility of enjoying such right.

A. **Direct Action against Absolute Legislative Omissions**

The direct action to seek judicial review of unconstitutional absolute legislative omissions was first established in the 1974 Constitution of the former Yugoslavia. Two years later, it was incorporated in the 1976 Constitution of Portugal, with standing to sue to some high public officials.⁶⁸ The decisions of the Constitutional Tribunal could only inform the competent legislative organ of its findings conduct.⁶⁹

A few years later, direct action for judicial review of absolute unconstitutional legislative omissions was adopted in a few Latin American countries, particularly Brazil (1988),⁷⁰ Costa Rica, Ecuador, and Venezuela, where it has been used extensively. Nonetheless, the main difference among these countries is the case of Venezuela, where the action is conceived of as a popular action,⁷¹ and the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice has been granted express powers to establish not only the unconstitutionality of the omission but also the terms and, if necessary, the guidelines for correcting the omission. Nonetheless, the Constitutional Chamber has enlarged its powers controlling the legislative omission regarding nonlegislative acts, and in 2004, after the National Assembly failed to appoint the members of the National Electoral Council, the Chamber not only declared the omission unconstitutional but also proceeded to appoint directly the high officials. In doing so, it usurped the Assembly's exclusive powers and ensured the complete control of the Electoral branch of government by the National Executive.⁷² This case, also, goes to the pathology of judicial review.

68 See Jorge Campinos, "Brevísimas notas sobre a fiscalização da constitucionalidade des leis em Portugal," in Giorgio Lombardi (coord.), *Constituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985, and *La Constitution portugaise de 1976 et sa garantie*, UNAM, Congreso sobre La Constitución y su Defensa, (mimeo) Mexico City, August 1982, p. 42.

69 See José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general – Derecho comparado, El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 265–266.

70 See, e.g., Marcia Rodrigues Machado, "Inconstitucionalidade por omissão," in *Revista da Procuradoria Geral de São Paulo*, n° 30, 1988, pp. 41 ff.

71 See Allan R. Brewer-Carías and Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas 2010.

72 See the comments on Decisions n° 2073 of August 4, 2003 (Case: *Hermán Escarrá Malaver y otros*) and n° 2341 of August 25, 2003 (Case: *Hermán Escarrá M. y otros*), in Allan R. Brewer-Carías, "El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial:

Also in Hungary, the Constitution grants the Constitutional Court the power to decide *ex officio* or at anyone's petition on the unconstitutionality of legislative omissions; thus, it is able to instruct the Legislator to fulfill its task within a specific deadline and even to define the contents of the rules to be sanctioned.⁷³ This power has also been attributed in Croatia to the Constitutional Court, which can also proceed *ex officio*.⁷⁴

B. The Protection of Fundamental Rights from Absolute Legislative Omissions by Means of Actions or Complaints for Their Protection

Constitutional courts commonly exercise judicial review regarding unconstitutional legislative omissions through the specific actions of *amparo*,⁷⁵ or complaints for the protection of fundamental rights filed against the harms or threats that such omissions can cause to such rights.

This is the case in Germany, where the complaint for the constitutional protection of fundamental rights (*Verfassungsbeschwerde*)⁷⁶ has been used by the Federal Constitutional Tribunal as a means for judicial review of absolute legislative omissions. It has been applied, for instance, in cases regarding rights of illegitimate children, where the Tribunal has imposed the application of the same conditions that extend to children born in wedlock and has exhorted the Legislator to reform the Civil Code giving the parliament a specific term to approve the reform.⁷⁷

In India, the Supreme Court has controlled the legislative omissions by ruling in cases of complaints for the protection of fundamental rights, as in the important case regarding ragging (i.e., bullying) at universities. Here, the Court not only urged the Legislator to enact the omitted legislation but also prescribed detailed steps to curb the practice and outlined diverse modes of punishment that educational authorities may take.

Venezuela 2000-2004," in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 112, January–April 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City, pp. 11–73.

73 See Lóránt Csink, József Petrétei, and Péter Tilk, "Constitutional Court as Positive Legislator," *Hungarian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 5–6.

74 See Sanja Barić and Petar Bačić, "Constitutional Courts as Positive Legislators," *Croatian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 12–13.

75 On comparative law, see generally Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 324 ff.

76 See generally Francisco Fernández Segado, "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht," in *Revista de Derecho*, n° 4, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2009, pp. 137–186.

77 Decision of the Federal Constitutional Tribunal n° 26/1969 of January 29, 1969, in I. Härtel, "Constitutional Courts as Positive Legislators," *German National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 19.

The Indian Supreme Court even directly appointed, in 2006, a Committee to suggest remedial measures; in 2007, it ordered the implementation of its recommendations.⁷⁸

Similarly, and through equitable remedies like injunctions, the U.S. Supreme Court has progressively developed the protection of fundamental rights by filling in gaps of legislative omissions, particularly with coercive and preventive remedies, as well as structural injunctions.⁷⁹ This was very important after the Supreme Court's decision in *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955), which declared the dual school system discriminatory and allowed courts to undertake supervision of institutional State policies and practices to prevent discrimination.⁸⁰ This activism by injunction was later applied in other important cases of civil rights litigation involving electoral reappointments, mental hospitals, prisons, trade practices, and the environment. Also, in deciding on equitable remedies for the protection of fundamental rights, the U.S. Supreme Court has created complementary judicial legislation, as in the conditions for lawful search and arrest in connection with investigation of and prosecution for a crime.

In Latin America, these complaints for the protection of legislative omissions have also been used.⁸¹ This is the case of the Brazilian *mandado de injunção*, a writ of injunction granted whenever the lack of regulatory provision makes the exercise of constitutional rights and freedoms unfeasible. The courts not only can give Congress a term within which it must repair its omission but also can establish the rules, sometimes by analogy, to be applied if the omission persists. This has occurred in matters of the country's social security regime and strike rights of public-sector employees.⁸²

78 Cases *Vishwa Jagriti Mission v. Central Government* AIR 2001 SC 2793, and *University of Kerala v. Council of Principals of Colleges of Kerala*, in Surya Deva, "Constitutional Courts as Positive Legislators: The Indian Experience," *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 9 (footnote 58).

79 See William Tabb and Elaine W. Shoben, *Remedies*, Thomson West, 2005, p. 13; Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunctions*, Indiana University Press, 1978, pp. 4–5; Owen M. Fiss and Doug Rendelman, *Injunctions*, Foundation Press, 1984, pp. 33–34; Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 69 ff.

80 *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995), in Laurence Claus and Richard S. Kay, "Constitutional Courts as Positive Legislators in the United States," *U.S. National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 31 (footnote 104).

81 See Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York 2009.

82 See Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, "Constitutional Courts as Negative Legislators: The Brazilian Case," *Brazilian National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 19.

The same general approach of the constitutional courts in complementing the Legislator on matters of protecting fundamental rights is also found in amparo actions in Argentina.⁸³ Also, in Colombia, deciding actions of tutela, in the case of massive violations of human rights regarding displaced persons, the Constitutional Court created *ex officio* a factual state of unconstitutionality (*estado de cosas inconstitucionales*), which it uses to substitute itself for ordinary judges, the Legislator, and the Administration in defining and coordinating public policies.⁸⁴

In Canada, similar to the Latin American amparo proceeding, according to the Charter, the Courts have the power to issue a wide variety of remedies, including declarations and injunctions that require the government to take positive action to comply with the Constitution and to remedy the effects of past constitutional violations. These judicial powers have been widely used to enforce protection of minority language, to ensure bilingualism in the Provinces; on matters of criminal justice, given the absence of legislative response to enact statutory standards for speedy trials and disclosure of evidence to the accused by the prosecutor; and in matters of extradition of a person who could face death penalty in the requesting state.⁸⁵

In the United Kingdom, although in general the Courts do not substitute themselves for the legislature, it is possible to identify important activity the Courts have developed on matters of constitutional review regarding the protection of human rights. They have issued decisions with guidelines that supplement the jurisdiction of the Legislator or the Administration, as in matters related to sterilization of intellectually handicapped adults and persons in a permanent vegetative state, thus providing rules for future application.⁸⁶

In the Czech Republic, the Constitutional Court has filled the gap derived from legislative omission on specific matters like the one related to rent increases in apartment houses, where the Court considered that “its role of protector of

83 See Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *Argentinean National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 17.

84 See Sandra Morelli, “The Colombian Constitutional Court: From Institutional Leadership, to Conceptual Audacity,” *Colombian National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 5.

85 Cases: *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721; [1985] 2 S.C.R. 347; [1990] 3 S.C.R. 1417n; [1992] 1 S.C.R. 212; *R. v. Stinchcombe* [1991] 3 S.C.R. 326, in Kent Roach, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *Canadian National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 11–12.

86 Cases *Re F (Mental Patient: Sterilisation)* [1990] 2 AC 173; and *Airedale NHS Trust v Bland*, in John Bell, “Constitutional Courts as Positive Legislators: United Kingdom,” *British National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 7.

constitutionality cannot limit its function to the mere position of a ‘negative’ legislator.”⁸⁷

2. *Constitutional Courts Filling In the Gap of Relative Legislative Omissions*

In the case of judicial review regarding relative legislative omissions, when dealing with poor, deficient, or inadequate legislative regulations affecting the enjoyment of fundamental rights, during the past decades, particularly in the concentrated system of judicial review, constitutional courts have developed the technique of declaring unconstitutional insufficient provisions but not annulling them. Instead, they send them to the Legislator, with directives, guidelines, recommendations, and even orders to correct unconstitutional legislative omissions. In all these cases, the constitutional courts have developed a role of assisting and collaborating with the Legislator, particularly to protect the right to equality and nondiscrimination. The instructions or directives sent by constitutional courts to the Legislator are in some cases nonbinding recommendations; in other cases, they are obligatory; in others still, they are provisional pieces of legislation.

A. *Constitutional Courts’ Issuing of Nonbinding Directives to the Legislator*

In general terms, regarding noncompulsory judicial recommendations – known as exhortative decisions, delegate decisions, or *sentenze indirizzo* in Italy⁸⁸ – the Constitutional Court declares unconstitutional a provision but does not introduce the norm to be applied through interpretation, thus leaving this task to the Legislator. In other cases, the instruction directed to the Legislator can be conditional regarding the judicial review power of the Constitutional Court. For example, in Italy, through the so-called *doppia pronuncia* formula,⁸⁹ if the Legislator fails to execute the recommendations of the Court, in a second decision, the Court can declare unconstitutional the impugned statute.

This sort of exhortative judicial review is also accepted in Germany, known as appellate decisions, where the Federal Constitutional Tribunal can issue

87 Decision Pl. ÚS 8/02, *Rent Control II*, n° 528/2002 Sb. Of November 20, 2002; and Pl. ÚS 2/03, *Rent Control III*, n° 84/2003 Sb, of March 19, 2003, in Zdenek Kühn, “Czech Constitutional Court as Positive Legislator,” *Czech National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 14 (footnote 58).

88 See L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova 1987, pp. 3 ff.; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 268.

89 See Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 504.

“admonitions to the Legislator,” containing legislative directives that give a term within which the Legislator must enact the omitted provision.⁹⁰

This same technique has been applied in France and Belgium, where the Constitutional Council and Court have issued directives addressed to the Legislator, which even without normative direct effects, can establish a framework for future legislative action.⁹¹ A similar technique has been applied in Poland, known as signalizations, through which the Constitutional Tribunal directs the Legislator’s attention to problems of general nature;⁹² and it has been applied in Serbia, the Czech Republic, and Mexico.⁹³

In countries with diffuse systems of judicial review, like Argentina, exhortative rulings have also been issued by the Supreme Courts in cases related to collective habeas corpus petition. The Courts exhort the involved authorities to sanction new legal provisions to take care, for instance, overcrowding in prisons.⁹⁴ These powers have also been used in cases of judicial review of conventionality regarding the American Convention of Human Rights. A similar position has been adopted by the Supreme Court of the Netherlands in giving its “expert advice” to the Legislator.⁹⁵

B. Constitutional Courts’ Issuing of Binding Orders and Directives to the Legislator

In many other cases of judicial review that pertain to relative legislative omissions, generally based on the violation of the right to nondiscrimination and to equality, constitutional courts, in declaring unconstitutional a provision without annulling it, have progressively assumed a more positive role, issuing the Legislator

90 See Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 264; Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Vol. I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 505.

91 Decision BVerfG, July 19, 1966, BVerfGE 20, 56 (114–115), in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 176–179, 185 ff.

92 See, e.g., the signalization on tenants’ protection of June 29, 2005, OTK ZU 2005/6A/77, in Marek Safjan, “The Constitutional Courts as a Positive Legislator,” *Polish National Report*, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 16 (footnote 45).

93 See, e.g., Héctor Fix Zamudio and Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 252.

94 Case Verbitsky, CSIJ, Fallos 328:1146, in Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 12, 2008, Madrid 2008, p. 340.

95 Case *Harmonisation Act de 1989*, in J. Uzman T. Barkhuysen and M.L. van Emmerik, “The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?” *Dutch National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 6.

not only directives but also orders or instructions, for it to reform or correct pieces of legislation. This has transformed constitutional courts into an auxiliary of the Legislator, imposing on them certain tasks and establishing a precise term for their performance.

This judicial review technique has been used in Germany, where the Federal Constitutional Tribunal, through injunctive decisions, has issued orders to the Legislator on matters related to alimony, professional incompatibilities, reimbursement of electoral expenses in electoral campaigns, professors' tenure, abortion, and alternative civilian service, even indicating what the Legislator should not do to aggravate the unconstitutional inequalities.⁹⁶ Similar decisions are found in Belgium, Austria, Croatia, and Colombia.⁹⁷

In France, given the traditional a priori judicial review of legislation exercised by the Constitutional Council, one of the most important means to ensure the enforcement of the Council's decisions are the directives called *réserves d'interprétation* or *réserves d'application*, which are directed to the administrative authorities that must issue the regulations of the law and to the judges who must apply the law.⁹⁸

3. *Constitutional Courts as Provisional Legislators*

Finally, in many other cases on relative legislative omissions, constitutional courts have not limited themselves to issue orders to the Legislator to enact legislative provisions but have assumed the direct role of being provisional Legislators by including in their decisions that declare a statute unconstitutional provisional measures or regulations to be applied in the specific matter considered unconstitutional, until the Legislator sanctions the statute it is obliged to produce.⁹⁹ In these cases, the courts immediately stops the application of the unconstitutional

96 Decisions BVerfG, of July 14, 1981, BVerfGE 57, 381; BVerfG, of February 15, 1967, BVerfGE 21, 183; BVerfG, of March 9, 1976, BVerfGE 41, 414, in I. Härtel, "Constitutional Courts as Positive Legislators," *German National Report*, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 9.; Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 259–288.

97 See, e.g., Mónica Liliana Ibagón, "Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia," in Juan Vega Gómez and Edgar Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City 2002, pp. 322–323.

98 See Bertrand Mathieu, "Le Conseil constitutionnel 'législateur positif. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative," *French National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 10.

99 See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 333 ff.

provision, but to avoid the vacuum that annulment can originate, it temporarily establishes certain rules until the enactment of new legislation occurs. Constitutional courts, in these cases, act as substitute Legislators; they do not usurp the Legislator's functions but preserve the legislative freedom of parliament.¹⁰⁰

This technique has been applied also in Germany by the Federal Constitutional Tribunal in assuming “an auxiliary legislative power” and acting as a “parliamentary reparation enterprise,”¹⁰¹ on a matter like the one resolved in 1975 on the partial decriminalization of abortion. In that case, after declaring unconstitutional the provisions of the Criminal Code, the Tribunal considered that, “in the interest of the clarity of law,” it was suitable for it to establish “provisory regulation” to apply until the new provisions were enacted by the Legislator.”¹⁰² It proceeded to enact detailed provisional legislation on the matter, which applied for nearly fifteen years, until 1992. In 1993, after the corresponding reform, the Federal Constitutional Tribunal issued a new decision considering the new provisions to be contrary to the Constitution¹⁰³ and establishing once more in an extremely detailed regulation, as “real legislator,” all the rules applicable to abortion in the country.

In Switzerland, the Supreme Court has also provided rules to fill the gaps of legislative omissions concerning enforcement of constitutional rights, as has happened, for instance, regarding the proceedings concerning the detention of foreigners, the right of asylum, and rules on expropriation.¹⁰⁴

In India, the Supreme Court has assumed the role of provisional legislator on matters of protecting fundamental rights related to police arrest and detention. It has issued notices to all state governments and established detail requirements to be followed in all cases of arrest or detention till legal provisions are made. In this case, even though the requirements were seemingly intended to be temporary, they have

100 See Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política,” in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 19, n° 57, Mexico City 1986, pp. 848–849.

101 See Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, p. 341 (footnotes 309 and 310).

102 Decision BVerfG, of February 25, 1975, BVerfGE 39, 1, (68), in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 342 ff.; I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *German National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 14.

103 Decisions BVerfG, of March 25, 1993 (*Schwangerrschafisabbruch II*), and BVerfGE 88, 203, de of February 25, 1975, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Brussels 2006, pp. 346–351.

104 Decisions BGE 91 I 329 ff. (*Substantive Expropriation*); BGE 94 I 286 ff. (*Taking Neighbors' Rights*). See Tobias Jaag, “Constitutional Courts as Positive Legislators: Switzerland,” *Swiss National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 16 (footnote 89).

continued to be the main rules applicable on the matter.¹⁰⁵ The Supreme Court has also exercised the same powers to protect the rights of working women from sexual harassment at workplace, issuing “for the protection of these rights to fill the legislative vacuum.”¹⁰⁶

Among these judicial review decisions that include provisional regulations by interpreting the Constitution are the cases of *súmula vinculante* issued by the Federal Supreme Tribunal of Brazil on, for instance, the prohibition of nepotism in the Judiciary and the demarcation of indigenous people’s land.¹⁰⁷

In Venezuela, there are cases in which the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, in the absence of the corresponding statutes, has issued decisions containing legislation in the exercise of what the Chamber has called its normative jurisdiction. In so doing, it established complete regulations on, for instance, the de facto marital relations between men and women and on matters of in vitro fertilization.¹⁰⁸

FOURTH TREND: CONSTITUTIONAL COURTS AS LEGISLATORS ON MATTERS OF JUDICIAL REVIEW

The fourth and final trend that can be identified in comparative law regarding the role of constitutional courts as positive legislators is related to matters of legislation on judicial review, not only regarding the powers of the courts when exercising judicial review and the actions that can be filed before them but also regarding the rules of procedure applicable to the judicial review. This situation varies according to the system of judicial review adopted.

105 Case *D K Basu v. State of West Bengal*, (1997) 1 SCC 416, in Surya Deva, “Constitutional Courts as Positive Legislators: The Indian Experience,” *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 6–7.

106 Case *Vishaka v. State of Rajasthan*, 1997 SC 3011, in Surya Deva, “Constitutional Courts as Positive Legislators: The Indian Experience,” *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 8 (footnote 49).

107 *Súmula vinculante* n° 13, STF, DJ 1°.set.2006, ADC 12 MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto; STF, DJ 25.set.2009, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, in Luis Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do Legislador Positivo” (Brazil Repot), XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 33–37, 43–46.

108 Decision n° 1682 of July 15, 2005, Case *Carmela Manpieri*, *Interpretación del artículo 77 de la Constitución*, available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm>; and Decision n° 1456 of July 27, 2006, Case *Yamilex Núñez de Godoy*, available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm>. See Daniela Urosa Maggi, “Cortes Constitucionales como legisladores positivos: La experiencia venezolana,” *Venezuelan National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 19–20.

1. *Constitutional Courts' Creating of Their Own Judicial Review Powers*

A. **The Judge-Made Law on the Diffuse System of Judicial Review**

In the diffuse or decentralized system of judicial review, being the power attributed to all courts to disregard the application of statutes they deem unconstitutional giving preference to the Constitution, a power that derives from the principle of the supremacy of the Constitution and the duty of the courts not to apply statutes contrary to the Constitution, such power does not need to be expressly established in the Constitution. This was the main doctrine established by Chief Justice Marshall in *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803). Consequently, in the United States, because of this essential link between the supremacy of the Constitution and judicial review, judicial review was a creation of the courts, as was also the case a few decades later in Norway, Greece, and Argentina,¹⁰⁹ where judicial review was also a creation of the respective Supreme or High Courts.

B. **The Extension of Judicial Review Powers to Ensure the Protection of Fundamental Rights**

In the same sense, and particularly regarding the protection of fundamental rights and liberties, constitutional courts in many Latin American countries, in their character of supreme interpreter of the Constitution, have created the amparo action in the absence of legislation as a special means for protecting fundamental rights. This was also the case in Argentina in 1957; the Dominican Republic in 1999;¹¹⁰ and the Slovak Republic, where the constitutional courts “created” a specific means of protection.¹¹¹

In Venezuela, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal has admitted the direct amparo action for the protection of diffused and collective rights and interests established in the Constitution,¹¹² and in India, the Supreme Court has

109 See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

110 See Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010.

111 Decision of the Constitutional Court n° III. ÚS 117/01, in Ján Svák and Lucia Berdisová, “Constitutional Court of the Slovak Republic as Positive Legislator via Application and Interpretation of the Constitution,” *Slovak National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 9.

112 Decisions n° 656 of June 30, 2000, Case *Dilia Parra Guillen (Peoples' Defender)*, in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/656-300600-00-1728%20.htm>; n° 1395 of November 21, 2000, Case *William Dávila*, in *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 330; n° 1571 of August 22, 2001, Case *Asodeviprilara*, available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm>. See Daniela Urosa Maggi, “Cortes Constitucionales como legisladores positivos: La experiencia venezolana,” *Venezuelan National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 11–12.

expanded the action for the protection of fundamental rights to the protection of collective or diffused rights, called public interest litigation (PIL).¹¹³

2. *The Need for the Express Provision in the Constitution of Judicial Review Powers of the Constitutional Jurisdiction and Its Deviation*

Nonetheless, and specifically with respect to the concentrated system of judicial review, the power to judge the control of constitutionality of legislative acts when reserved to a supreme court of justice or to a constitutional court must be accomplished as expressly provided for in the Constitution; it cannot be developed by deduction through court decisions.¹¹⁴

Nonetheless, regarding judicial review powers, in some cases, constitutional courts have extended or adapted them, as in, for example, declaring unconstitutional a statute but not annulling it; extending the application of an unconstitutional statute for a term; and issuing directives to the Legislator to legislate in harmony with the Constitution. This was a technique developed in Germany, as mentioned by Ines Härtel, in the Germany National Report, “without statutory authorization, in fact *contra legem*”.¹¹⁵ In Spain, the Constitutional Tribunal has applied the technique despite the contrary provision in the Organic Law of the Constitutional Tribunal.¹¹⁶

In other cases, constitutional courts have created their own judicial review powers not established in the Constitution, as in Venezuela, where the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal created as a new means of judicial review not envisaged in the Constitution, the so-called abstract recourse for constitutional interpretation,¹¹⁷ through which, at the Attorney General’s request, the

113 Cases *S P Gupta v. Union of India* AIR 1982 SC 149; *PUDR v. Union of India* AIR 1982 SC 1473; *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India* (1984) 3 SCC 161, in Surya Deva, “Constitutional Courts as Positive Legislators: The Indian Experience,” *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 2, 4–5.

114 See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 185 ff.; Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed., Lima 2009, p. 41.

115 See I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” *German National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 8; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas esterotipadas vinculadas a ellas,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 162.

116 See F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 6, 11.

117 Decision nº 1077 of September 22, 2000, Case Servio Tulio León, in *Revista de Derecho Público*, nº 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ff. See Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla,” in *Renouveau du droit constitutionnel: Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris 2007, pp. 61–70; “La ilegítima mutación de la constitución por el juez

Constitutional Chamber has distorted important constitutional provisions. This was the case, for instance, in the decisions adopted regarding the consultative and repeal referenda between 2002 and 2004, where the Chamber transformed the repeal referendum into a ratification referendum not established in the Constitution.¹¹⁸ These are cases that go to the pathology of judicial review.

3. *Constitutional Courts' Creation of Procedural Rules on Judicial Review*

Finally, regarding constitutional courts' interference in legislative functions, the creation of procedural rules for the exercise of their constitutional attributions, when not established in the legislation regulating their functions, must also be mentioned.

Constitutional courts, as is the case of the Constitutional Tribunal of Peru, have claimed to have "procedural autonomy" in the exercise of their extended powers to develop and complement the procedural rules applicable in judicial review process not expressly regulated in the statutes.¹¹⁹

In Germany, the same principle of procedural autonomy (*Verfahrensautonomie*) has been used to explain the powers developed by the Federal Constitutional Tribunal to complement procedural rules on judicial review process based on the interpretation of article 35 of the Law of the Federal Constitutional Tribunal related to the execution of its decisions.

constitucional: La inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad," in *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319–362.

118 The constitutional mutation occurred precisely for the purpose of preventing the repeal of the mandate of President Chávez in 2004. He was elected in August 2000 with 3,757,744 votes, enough to repeal his mandate according to the Constitution, and the votes for revocation were more than that figure. The number of votes in favor of the repeal cast on August 15, 2004, was 3,989,008, so the mandate was constitutionally repealed. Nonetheless, the national Electoral Council on August 27, 2004 – with 5,800,629 votes for the revocation – decided to ratify the President in his post until the end of his term in January 2007. See *El Nacional*, Caracas, August 28, 2004, pp. A-1 and A-2. See comments on this case in Allan R. Brewer-Carías, "La Sala Constitucional vs. El derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares o de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un 'referendo ratificatorio,'" in *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, n° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 350 ff.

119 Decision of the Constitutional Tribunal, n° 0020-2005-AI/TC, FJ 2, in Francisco Eguiguren and Liliana Salomé, "Función contra-mayoritaria de la jurisdicción constitucional, su legitimidad democrática y los conflictos entre el Tribunal Constitucional y el legislador," *Peruvian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 14; Fernán Altuve-Febres, "El Juez Constitucional como legislador positivo en el Perú," *Peruvian National Report II*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 22–23.

In other cases, judicial interference in legislative matters related to rules of procedures on matters of judicial review has been more intense, as in Colombia, where the Constitutional Court has assumed the exclusive competency to establish the effects of its own decisions.¹²⁰ In Venezuela, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice has also invoked normative jurisdiction to establish procedural rules for judicial review when not regulated in statutes, particularly regarding the control of absolute legislative omission¹²¹ and on matters of habeas data, establishing detail procedural regulations “in order to fill the existing vacuum.”¹²²

FINAL REMARKS

The main conclusion that we can deduct from this comparative law study of constitutional courts as positive legislators is that, in the contemporary world, constitutional courts have progressively assumed roles that decades ago corresponded only to the Constituent power or to the Legislator. In some cases, they discovered and deducted constitutional rules, particularly on matters of human rights not expressly enshrined in the Constitution and that could not even be considered to have been the intention of an ancient and original Constituent when sanctioning a Constitution conceived for other time in history.

In other cases, constitutional courts have progressively performed legislative functions, complementing the Legislator in its role of lawmaker, filling in the gaps from legislative omissions, sending guidelines and orders to the Legislator, and even issuing provisional legislation resulting from the exercise of their functions.

-
- 120 See Decision C-113/93, in Germán Alfonso López Daza, “Le juge constitutionnel colombien, législateur-cadre positif: un gouvernement des juges,” *Colombian National Report I*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 9.
- 121 Decision n° 1556 of July 9, 2002, Case *Alfonzo Albornoz y Gloria de Vicentini*, available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1556-090702-01-2337%20.htm>. See Daniela Urosa Maggi, “Cortes Constitucionales como legisladores positivos: La experiencia venezolana,” *Venezuelan National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, pp. 10–11.
- 122 Decision n° 1511 of November 9, 2009, Case *Mercedes Josefina Ramírez, Acción de Habeas Data*, available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1511-91109-2009-09-0369.html>. See Allan R. Brewer-Carías, “El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: Las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional,” in Eduardo Andrés Velandia Canosa (coord.), *Homenaje al Maestro Héctor Fix Zamudio: Derecho Procesal Constitucional – Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, May 26–28, 2010, Bogotá, pp. 289–295; Daniela Urosa Maggi, “Cortes Constitucionales como legisladores positivos: La experiencia venezolana,” *Venezuelan National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, DC, July 2010, p. 13.

These common trends, found in different countries and in all legal systems, are of course more numerous and important than the possible differences that could exist. That is why, in these matters of judicial review, constitutional courts in many countries – to develop their own competencies and exercise their powers to control the constitutionality of statutes, to protect fundamental rights, and to ensure the supremacy of the Constitution – have progressively begun to study and analyze the similar work developed in other Courts and in other countries, thus enriching their rulings.

Consequently, it is possible to say that, perhaps with the exception of the U.S. Supreme Court, it is common to find, in constitutional courts' decisions, constant references to decisions issued on similar matters or cases by other constitutional courts. Thus, in general, there is no aversion to using foreign law to interpret, when applicable, the Constitution.

On the contrary, in the United States, for example, Justice Sonia Sotomayor, in her Senate confirmation hearings, affirmed that “American Law does not permit the use of foreign law or international law to interpret the Constitution,” and that this was a “given” question regarding which “there is no debate.”¹²³ U.S. Justice Ruth Bader Ginsburg has said that she “frankly [doesn't] understand all the brouhaha lately from Congress and even from some of my colleagues about referring to foreign law,” explaining that the controversy was based in the misunderstanding that citing a foreign precedent means for the court to consider itself bound by foreign law as opposed to merely being influenced by such power as its reasoning holds. That is why she formulated the following question: “Why shouldn't we look to the wisdom of a judge from abroad with at least as much ease as we would read a law review article written by a professor?”¹²⁴

And this is precisely what is now common in all Constitutional Jurisdiction all over the world where constitutional courts commonly consider foreign law when they have to decide on the same matter and on the basis of the same principles. In such cases, in the same sense of studying the matter according to authors' opinion and analysis in books and articles, they can also rely on courts' decisions from other countries, which can be useful because those courts dealt not only with a theoretical proposition but also with a specific solution already applied by a court to resolve a particular case. And it is here, precisely, where comparative law is a very important and useful tool.

123 See the comments of Justice Sonia Sotomayor in the Senate confirmation hearings on July 15, 2009, in “Sotomayor on the Issues,” *The New York Times*, July 16, 2009, p. A18.

124 See Adam Liptak, “Ginsburg Shares Views on Influence of Foreign Law on Her Court, and Vice Versa,” in *The New York Times*, April 12, 2009, p. 14.

**VENEZUELAN NATIONAL
REPORTS SENT TO THE
INTERNATIONAL ACADEMY FOR
THE WORK OF THE GENERAL
REPORTERS TO THE
INTERNATIONAL CONGRESSES.
Uppsala, Budapest, Caracas, Brisbane,
Utrecht, México, Vienna, Asunción
(1966-2022)**

§ 1. LIMITES AL PODER DISCRECIONAL DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS*

**National Report to the *VII International
Congress of Comparative Law*, held in the Law
Faculty, University of Uppsala, Sweden August
1966***

I. INTRODUCCIÓN

1. Conforme a lo indicado en el artículo 117 de la Constitución Venezolana, ésta y “las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio”. En esta norma está consagrado constitucionalmente en Venezuela, el Principio de la legalidad que rige la actuación de todo Estado de Derecho.

* Published in *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Uppsala, agosto 1966)*, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, pp. 255-279; and in *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 2, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1966, pp. 9-35.

* En las notas se han utilizado las siguientes abreviaturas: EDCE: Etudes et Documents, Conseil d'Etat, París; GF: Gaceta Forense, Órgano de publicidad de las antiguas Cortes Federal y de Casación y Corte Federal y de la actual Corte Suprema de Justicia, Caracas; RAP: Revista de Administración Pública, Instituto de Estudios Políticos, Madrid; RCADF: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas; RCIJ: Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Bruselas; RDP: Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; París; FRD: Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas

Sin embargo, legalidad, en el sentido etimológico de la palabra, es lo que está conforme con la ley, por lo que esta expresión, de acuerdo al sentido de la norma constitucional, debe ser entendida en sentido amplio y como sinónimo de Derecho. Conforme a esto, el Principio de la legalidad aplicado al Estado, no es más que la conformidad con el Derecho que debe acompañar a todos los actos de las ramas del Poder Público. Es decir, el principio según el cual toda la actividad del Estado debe estar conforme con el Derecho de ese Estado¹.

Este principio de la legalidad, en su aplicación a la administración, ha sido claramente determinado por la jurisprudencia venezolana en decisión de la antigua Corte Federal al expresar que “todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas; de ahí, el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual, éstos carecen de vida jurídica no sólo cuando les falta como fuente primaria, un texto legal, sino también, cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley”.

Esta necesidad que tiene la Administración Pública, como órgano de la actividad estatal, de ejercitar sus funciones sólo dentro de los precisos límites del derecho positivo es ciertamente, como también lo ha recalcado la jurisprudencia, una “garantía establecida en beneficio de los particulares o administrados contra las posibles *arbitrariedades* de la autoridad ejecutiva”².

Sin embargo, y ello es innegable, no toda la actividad de la Administración Pública tiene establecida en el ordenamiento jurídico positivo “precisos límites”, lo que ha dado origen a la distinción clásica entre administración reglada y poder discrecional en la actividad administrativa.

A este respecto, la antigua Corte Federal ha señalado expresamente que “los actos administrativos son de dos categorías: *discrecionales*, cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y *reglados*, llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a

1 Cfr. Nuestra obra *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 23.

Ello se desprende, por otra parte, del artículo 206 de la Constitución cuando atribuye a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos generales o individuales *contrarios a derecho*.

2 Vid. Sentencias de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 y de 23 de octubre de 1953 en nuestro trabajo “Algunas Bases del Derecho Público en la Jurisprudencia Venezolana”, RFD, N° 27, 1963, p. 145. Asimismo, en GF, 2ª etapa N° 1, 1953, p. 151 y en GF, 2ª etapa N° 2, 1953, p. 64.

la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley”³.

En este sentido, la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos estriba “en que en los reglados la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los discrecionales, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente*”⁴.

En esta forma entendida, ciertamente que la actividad discrecional de la administración es indispensable para que ésta pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, por lo general, se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta *libertad de apreciación de los hechos*, para decidir u orientar su actuación⁵.

Pero sin embargo, debe señalarse que, en todo caso, el ejercicio de una actividad discrecional ha de encontrar su fundamento y su razón de ser en una ley. La discrecionalidad, ha dicho Ballbe, “no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limitan la actividad de la administración, sino en la atribución, por el derecho, de una libertad de apreciación”⁶. En este mismo sentido la jurisprudencia venezolana ha sostenido que el funcionario sólo tiene las facultades que la ley le señala expresamente, por lo que “nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente”⁷. Por todo ello podría decirse que el primer límite del poder discrecional está en la ley que lo autoriza.

3 *Vid.* Sentencia de la Antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo “El Poder discrecional en la jurisprudencia administrativa venezolana”, RFD, N° 28, 1964, p. 187. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 1, 1953, p. 151.

4 *Vid.* Sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 188. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 26, 1959, p. 125.

5 *Vid.* Sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, p. 189. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133.

6 *Vid.* Manuel Ballbe, “Derecho Administrativo” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1949, p. 64 citado por M. F. Clavero Arevalo, “La doctrina de los Principios Generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico”, RAP, N° 7, 1952, p. 89.

7 *Vid.* Sentencia de la antigua *Corte Federal y de Casación en Sala Federal* de 11 de agosto de 1949 en GF, 1ª etapa (Segunda Edición), Año I, N° 2, agosto 1949, p. 140.

La importancia de la discrecionalidad administrativa ha llevado a M. Waline a indicar que, si fuera necesario dar en pocas palabras una definición del derecho administrativo, podría decirse que “es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de *su limitación* en vista de la salvaguarda de los derechos de terceros (administrados y agentes públicos)”⁸.

En efecto, el poder discrecional de las autoridades administrativas es la condición indispensable de toda buena y eficiente administración. Sin embargo, su limitación es asimismo indispensable para que el Estado no sea arbitrario, y para que los administrados no se encuentren expuestos al simple arbitrio de los gobernantes. Así, los dos términos del planteamiento: salvaguarda del poder administrativo por el reconocimiento del poder discrecional, y salvaguarda de los derechos de los administrados por la limitación de ese poder, deben conciliarse para que el Estado no se vuelva anárquico o arbitrario⁹.

La evolución de los últimos años en el sistema administrativo de casi todos los países ha sido el de la reducción paulatina de las llamadas “inmunidades de poder” donde se encuentra tradicionalmente inmerso, el poder discrecional¹⁰. Y puede decirse entonces que esa reducción paulatina del poder discrecional ha sido una de las características de la reciente evolución del Derecho Administrativo.

Es necesario señalar, sin embargo, que esa evolución no ha sido ni ha podido ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que la reducción del ámbito del poder discrecional a un control jurisdiccional efectivo ha sido el resultado de todo un “vasto movimiento de lucha por el derecho”¹¹ en el que naturalmente, no es sólo responsable y ni siquiera primariamente el legislador. Aquí se inserta, sobre todo, la obra de la *jurisprudencia*.

Esta labor de la jurisprudencia, fundamentalmente en Venezuela, es la que nos proponemos examinar analíticamente en este trabajo.

En la labor jurisprudencial debemos distinguir, sin embargo, dos fases en relación al poder discrecional, que por sentido histórico —dada la amplitud que éste tenía en la doctrina hace algunos años— se han agrupado dentro de la expresión “control del poder discrecional”. Tal como lo señalara recientemente Alejandro Nieto, en “el inexorable progreso hacia la reducción de la discrecionalidad hay que distinguir dos fases completamente distintas: una, la de precisión o determinación de lo que no sea discrecional, y sobre lo que se extiende, como es lógico, la

8 Marcel Waline, “Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration” EDCE, Fascículo N° 10, 1956, p. 25.

9 *Cfr.* Marcel Waline, “Etendue et limites...”, *loc. cit.*, p. 25; J. M. Hernandez Ron, “La Potestad Administrativa discrecional”, RCADF, Año VII, N° 35-36, 1947, p. 8.

10 *Vid.* el magnífico trabajo de Eduardo García De Enterría, “La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo” (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), RAP, N° 38, 1962, pp. 159 a 205.

11 E. García De Enterría, “La lucha...”, *loc. cit.*, p. 166.

jurisdicción; y una segunda fase, la de control —en la medida de lo posible— de lo que sí es discrecional”¹².

Visto esto, en relación a los límites del poder discrecional hay que distinguir entonces, como lo hacemos, los límites derivados de la vigencia del principio de la legalidad —control de lo que no es realmente discrecionalidad—, de los límites que la jurisprudencia ha ido clarificando sobre esa “libertad de apreciación de los hechos”¹³ que caracteriza jurisprudencialmente al poder discrecional, y que denominaremos límites derivados de la forma de apreciación de los hechos y que configuran un verdadero control de lo que sí es discrecional.

II. LÍMITES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

1. Principios Generales

2. Los actos administrativos, tanto los reglados como los discrecionales, están sometidos a determinadas normas legales cuyo cumplimiento les da contenido y efecto jurídicos. En esto consiste el principio de la legalidad. Los unos y los otros deben ser ejecutados de acuerdo a disposiciones preexistentes¹⁴.

Este ha sido el criterio tradicionalmente sustentado por la jurisprudencia. En efecto, en sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 se estableció que si bien la administración obra discrecionalmente cuando no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, ello no quiere decir que obre al arbitrio, “eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto”¹⁵. Por tanto, la jurisprudencia ha reconocido que los requisitos de forma de los actos administrativos han de cumplirse ineludiblemente en el ejercicio de la potestad discrecional¹⁶.

12 Alejandro Nieto, “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, RAP, N° 44, 1964, p. 153.

13 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, p. 189. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133.

14 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, p. 188. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 26, 1959, p. 125.

Por otra parte, véase la sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa* de 12 de diciembre de 1962 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 193.

15 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 187. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N°1, 1953, p. 151.

16 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 190. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 134.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia¹⁷, señalando que “el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia”¹⁸.

Pero, además de estos límites sobre el cumplimiento de los elementos de legalidad ordinarios del acto administrativo, la jurisprudencia ha tomado en consideración especialmente, los límites impuestos al poder discrecional en la determinación del presupuesto de hecho del acto y en la determinación de la finalidad del mismo. Es necesario aquí, prestar atención especial a estas dos limitaciones al poder discrecional derivadas de la sumisión de la actividad administrativa al principio de la legalidad administrativa.

2. Límites en la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional

A. Introducción

3. Dentro de los elementos del acto administrativo está claramente determinado el elemento fáctico, es decir, los presupuestos de hecho del acto que configuran, de acuerdo a nuestro criterio, el elemento denominado causa¹⁹.

La determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo constituye una de las etapas que debe seguir la administración para manifestar su voluntad. Debe dejarse claramente establecido, sin embargo, que esta determinación de los presupuestos de hecho no comprende ningún elemento de apreciación ni juicio²⁰; se trata simplemente, de una constatación de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico del acto.

17 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 190. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 134.

18 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 192. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28.

19 *Cfr.* Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Tomo I, Madrid 1956, p. 453. En este sentido GEORGES VEDEL incluye los elementos o presupuestos de hecho del acto dentro del elemento causa: *Vid. Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, París, 1934, p. 361, *cit.* por Rafael Nuñez Lagos, “La causa del acto administrativo” en *Estudios en homenaje de Jordana de Pozas*, Tomo III, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 113. *Vid.* asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales...*, *ob. cit.*, p. 127.

20 *Cfr.* Michel Stassinopoulos, *Traite des actes administratifs*, Collection de l'Institut Français d'Athènes, N° 82, Atenas, 1954, p. 154; Bonnard, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, RDP, 1923, p. 363, *cit.* por J. C. Venezia, *Le pouvoir discretionnaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Bibliothèque de Droit Public. Tome XVII), París, 1959, p. 48.

Ahora bien, en esta determinación de los hechos, la administración, aun encontrándose en ejercicio de un poder discrecional, debe ceñirse a determinados límites: en primer lugar, debe comprobar los presupuestos de hecho del acto; en segundo lugar, los hechos deben ser ciertos y no falsos; y en tercer lugar, los hechos han de ser calificados correctamente. Veamos estos tres límites al poder discrecional en materia de determinación del elemento causa en el acto administrativo.

B. La comprobación de los hechos

4. La jurisprudencia administrativa ha determinado que las decisiones administrativas se hayan condicionadas por “la *comprobación previa* de las circunstancias de hecho previstas en la norma, claramente estatuida para obligar a la administración a someter sus actos, en cada caso, al precepto jurídico preexistente”²¹.

Es de destacar uno de los considerandos de la decisión a que se ha hecho referencia, y que declaró la nulidad de un acto administrativo revocatorio de otro por el cual se concedió la nacionalidad venezolana a una extranjera, por no haberse comprobado suficientemente los hechos en que se fundaba la resolución ministerial. La Corte Suprema de Justicia señaló: “Al no existir, como en efecto no existe, prueba alguna de los hechos que se imputan a la recurrente, la Resolución Ministerial resulta manifiestamente infundada y debe, en consecuencia, revocarse. A juicio de la Sala no es posible atribuir mérito probatorio a la nota que figura al folio 2 del expediente administrativo, con el membrete de la Dirección de Extranjeros y que aparentemente se ha tenido como fundamento para el empleo de la norma legal aplicada en la Resolución, pues dicha nota no hace legalmente fe respecto de los supuestos de hecho de la norma que se aplica. En efecto, en ella se dice que la nombrada ciudadana “continúa en actividades que van contra la moral y buenas costumbres y ha burlado la buena fe del Despacho”; mas no existe en el expediente administrativo, ningún elemento que acredite los hechos a que se contrae la referida nota, como sucedidos con posterioridad a la fecha en que le fue otorgada la nacionalidad. Conforme a estas consideraciones, la Resolución impugnada carece de toda eficacia legal, *por haberse fundado en hechos no comprobados* y porque al dictarla la autoridad administrativa actuó en forma no permitida por la rigidez del precepto legal”.

Por tanto, uno de los límites del poder discrecional en cuanto a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo, es la necesaria comprobación de dichas circunstancias de hecho por la administración²².

21 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 22 de mayo de 1963 (CSJ-PA-70-1; 22-5-63 según sigla del *Instituto de Codificación y Jurisprudencia* del Ministerio de Justicia).

22 En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia de 8 de junio de 1964 ha sostenido lo siguiente:

“Observa la Corte, que en el acto administrativo a que se concreta la Resolución ministerial cuya nulidad se ha demandado, el funcionario de la Administración Pública (Ministerio de Fomento) ha obrado en la esfera de sus atribuciones al dictar la Resolución, y desde este punto de vista su decisión es inobjetable, pero no sucede lo

La comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, o la “exactitud material de los hechos básicos de la decisión”²³ evita, por otra parte, el llamado error de hecho²⁴ que puede ser controlado también jurisdiccionalmente y que consiste simplemente en el “falso conocimiento de la realidad”²⁵.

En este sentido la jurisprudencia ha señalado al decidir sobre la impugnación de un acto administrativo que contenía un error de cálculo acordando su nulidad, que “el error en que incurre la Resolución ministerial impugnada, equivale a *falta de adecuación entre el supuesto legal y la realidad*, de allí que el resultado obtenido haya sido *inexacto*, tal como lo manifestó el Fiscal General de la República en su dictamen en el cual concluye considerando que es procedente el recurso de nulidad solicitado”²⁶.

C. La calificación de los presupuestos de hecho

5. Por otra parte, dentro del proceso lógico de formación del acto administrativo, la administración, después de haber constatado y comprobado los presupuestos de hecho, debe proceder a la sumisión de los hechos al supuesto de derecho²⁷, es decir, a la norma que autoriza su actuación. Esto es lo que se ha llamado “calificación jurídica de los hechos”²⁸ como otro de los límites de la actividad administrativa y por tanto limitativo de la potestad discrecional, y que tiene su control jurisdiccional en el llamado abuso o exceso de poder por la

mismo cuando se examina el aspecto formal de su actuación administrativa, la que por serlo, *no le eximía de la obligación de juzgar conforme a lo probado en el expediente*, de suerte que el supuesto de la norma legal guardara correspondencia con los hechos, no estándole permitido en ningún caso dar por probados los hechos con los solos elementos aportados por la gestión oficial, de indiscutible valor cuando ella es conforme con la realidad, pero igualmente revisable o descartable si se comprueba por otros medios de autos que la prueba final no es verdadera. Es tan rigurosa la exigencia de la ley a este respecto, que *la discrecionalidad en la apreciación de los hechos en un caso determinado* de parte del funcionario, con todo y estar revestida de cierta amplitud dentro del marco de la ley, nunca *aquella puede conducir a la arbitrariedad*. Si esto ocurre, el acto administrativo es irregular por vicio de ilegalidad”. *Vid.* en CSJ-PA-56-1; 8-6-64 según sigla del *Instituto de Codificación y Jurisprudencia* del Ministerio de Justicia. Subrayado nuestro.

- 23 M. Letourneur, “El Control de los hechos por el Consejo de Estado Francés, juez del Recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia reciente” en RAP, N° 7, 1952, p. 221.
- 24 *Cfr.* M. Stassinopoulos, *op. cit.*, pp. 175 y sig.
- 25 Sebastian Martin-Retortillo Baquer, “El Exceso de poder como vicio del acto administrativo”, RAP, N° 23, 1957, p. 138.
- 26 *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de julio de 1961 en GF, 2ª etapa, N° 33, 1961, p. 20.
- 27 *Cfr.* J. C. Venezia, *op. cit.*, p. 25 al señalar que “L’operation de qualification a pour but de faire rentrer une situation de fait dans le cadre d’une notion juridique”.
- 28 M. Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 182.

jurisprudencia venezolana, que corresponde a la tergiversación de los hechos de la jurisprudencia italiana²⁹, y que se presenta como una figura análoga al falso supuesto del derecho procesal civil³⁰.

En este sentido la jurisprudencia indica que “si la Administración, sin violar un precepto legal, realiza un acto en el que altere la verdad que sirve de presupuesto a éste, no podría ciertamente decirse que ha cometido una efectiva transgresión de la Constitución o de la ley positiva... pero no puede haber duda de que el acto así cumplido está gravemente viciado por exceso de poder. *La potestad discrecional del funcionario administrativo, lo mismo que la del juez, no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad*”³¹.

Por tanto, los límites del poder discrecional y la posibilidad de control no se limitan a la posible trasgresión de normas constitucionales o legales expresas, sino que abarcan también la necesidad de que el funcionario, aun en el caso de darle cumplimiento estricto a la norma escrita, ley positiva o precepto legal expreso, en la aplicación de este precepto legal, no tergiversarse los presupuestos de hecho que autorizan su actuación³². En este sentido, puede controlarse jurisdiccionalmente el poder discrecional —”pues de no ser así imperaría en todo caso el arbitrio del funcionario sin remedio alguno”—, cuando la administración dicte un acto administrativo falseando el lógico y verdadero presupuesto del mismo. Asimismo, se considera dictado el acto con tergiversación de los hechos, no sólo en el caso extremo de que el acto se funde sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resulten inexistentes o existentes, sino también basta con que en su realidad tales hechos sean sustancialmente distintos a como son aprehendidos por la autoridad administrativa; es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no

29 *Vid.* en la jurisprudencia venezolana nuestra obra *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo... cit.*, pp. 67-68. En la jurisprudencia italiana: Sebastian Martin-Retortillo Baquer, “El Exceso de poder. . .”, *loc. cit.*, p. 135.

30 El artículo 435 del Código de Procedimiento Civil dispone: “En el fallo del recurso, la Corte Federal y de Casación se limitará a considerar las infracciones alegadas en el escrito de formalización, y decidirá sobre ellas sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento o apreciación de los *hechos* por parte de los jueces sentenciadores; a menos que se alegue infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba. Esta excepción procede:

1º Cuando los jueces hayan dado por probado un *hecho* con pruebas que por la ley sean improcedentes para demostrarlo; 2º Cuando a una prueba que no reúna los requisitos exigidos por la ley, le hayan dado, sin embargo, los efectos que ésta le atribuye, como si estuviere debidamente hecha; 3º Cuando basen sus apreciaciones en *falso supuesto*, atribuyendo la existencia de un instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga, o dando por demostrado un *hecho* con pruebas que no aparezcan de autos, o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo, no mencionados en la sentencia”.

31 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en GF, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 136.

32 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en GF, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 136.

considere debidamente elementos esenciales o dé, por lo contrario, excesiva importancia a elementos accesorios³³.

La función de calificación de los hechos y sus límites es ciertamente, una actividad reglada y por tanto controlable en todos los actos administrativos. Sin embargo, su verdadera relevancia se particulariza en relación con la actividad discrecional; además, debe señalarse que la jurisprudencia ha destacado que este vicio del acto administrativo por falsa calificación de los hechos, consiste en “hacer *uso indebido* del poder que es atribuido al funcionario, independientemente del fin logrado, bien porque se tergiverse la verdad procesal denuñándose los hechos, o bien por cualquier otra causa”³⁴, lo que conlleva un cierto elemento subjetivo de valoración intelectual por parte de la administración. Esto distingue por otra parte, a la calificación de los hechos y su vicio, la tergiversación de los mismos, de la comprobación de los hechos y su vicio, el error de hecho³⁵.

Por último, y dentro del proceso de calificación de los hechos siguiendo el esquema francés³⁶, debe destacarse la reducción a la discrecionalidad elaborada por los juristas alemanes y que recientemente ha sido destacada por García de Enterría³⁷, realizada por los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” o “nociones jurídicas imprecisas”³⁸.

En efecto, partiendo del principio de la legalidad y de que la ley regula en todo caso la actividad administrativa, tal regulación puede hacerse de una manera más o menos indeterminada, por ejemplo, cuando se utilizan expresiones como justo precio, urgencia, etc. Estos son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular, no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata³⁹. Tradicionalmente se admitía que la calificación de los hechos en estos casos indeterminados encajaba dentro de la discrecionalidad⁴⁰. Sin embargo, con la nueva técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se ha reducido nuevamente la discrecionalidad y se le ha establecido un nuevo límite.

33 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, “El exceso de poder. . .”, *loc. cit.*, p. 131. *Vid.* asimismo sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964, *cit.* en Nota N° 23

34 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en GF., 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 135.

35 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, “El Exceso de poder. . .”, *loc. cit.*, p. 138, *Vid.* N° 4.

36 Cfr. M. Latourneur, “El control de los hechos. . .”, *loc. cit.*, p. 219.

37 E. García De Enterría. “La lucha contra...”, *loc. cit.*, p. 171.

38 Cfr. Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 123 y sig.; Hans Klecatsky, “Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración”, RCIJ, Vol. IV, N° 2, Verano de 1963, p. 237.

39 Cfr. E. García De Enterría. “La lucha contra...” *loc. cit.*, p. 171; A. Nieto, “Reducción Jurisdiccional...”, *loc. cit.*, p. 154.

40 *Vid.* M. Stassinopoulos, *op. cit.*, pp. 185 y sig

La diferencia entre la discrecionalidad y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados estriba, como mínimo en los siguientes puntos: En la discrecionalidad auténtica la administración es libre de elegir entre varias posibilidades, y cualquier solución que adopte dentro de ellas es, en principio, jurídicamente irreprochable; en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados la elección no es libre, sino que se trata de la aplicación de la ley a un caso concreto y que admite sólo una solución justa. Por ejemplo, la Ordenanza sobre Arquitectura, Urbanismo y Construcciones en general del Distrito Federal establece la necesidad de demoler o modificar, según el caso, las edificaciones que “amenacen o se encuentren en ruina”, lo que configura un concepto jurídico indeterminado. Ante una edificación determinada no cabe más que una sola solución justa: la edificación se encuentra en ruina o no. Esta determinación, es claro, no puede ser objeto de una facultad discrecional⁴¹. Existe además, otra diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados⁴². En la discrecionalidad la operación que debe realizar la administración es de naturaleza *volitiva*; así, sucede cuando la ley faculta a la administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado⁴³. En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la administración es de naturaleza *intelectiva*: la administración *crea, juzga* que la edificación amenaza ruina. Tal distinción provoca efectos importantes: mientras en el primer caso no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley la ha atribuido expresamente, en el segundo caso siempre cabe la posibilidad de que la administración se haya equivocado en su juicio, y tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales⁴⁴.

3. Límites en la finalidad perseguida por el legislador

6. Tal como lo ha destacado la jurisprudencia, “la subordinación (de los actos administrativos) a la equidad y a la verdad significa que el funcionario o la administración no pueden en modo alguno salirse de los fines que, con la norma legal se persiguen, aun en el supuesto de que estén en función las facultades discrecionales del Poder Público”⁴⁵.

Por tanto, otro de los elementos reglados del acto administrativo que ha contribuido eficazmente a la fijación de los límites del poder discrecional, es éste de la finalidad perseguida. Por ello ha recalcado la jurisprudencia que la “discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la administración

41 Cfr. E. García De Enterría, “La lucha contra...”, *loc. cit.*, p. 174.

42 Vid. Alejandro Nieto. “Reducción jurisdiccional...”, *loc. cit.*, p. 154

43 Vid. sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 12 de diciembre de 1963 en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 27.344 de 13 de enero de 1964.

44 Alejandro Nieto. “Reducción jurisdiccional. . .”, *loc. cit.*, pp. 154-155.

45 Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 192. Asimismo en GF, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 135.

nacional, estatal o municipal, no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su *fin*⁴⁶.

El control de este límite ha sido denominado, en cuanto produce un vicio en los actos administrativos que lo traspasen, como desviación de poder según la terminología acuñada en el derecho francés y recibida en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos⁴⁷.

La desviación de poder, por tanto, “surge cuando la administración usa de sus poderes con finalidades distintas a aquellas determinadas en la ley”⁴⁸ y su configuración es sencilla: la administración está obligada a realizar su actividad no sólo respondiendo a un fin público o social buscado⁴⁹ —lo que no sucede cuando obra por un fin privado—, sino que, dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente el *fin específico* por el que le son concedidas las facultades determinadas que ejercita en el supuesto concreto⁵⁰.

En consecuencia, la desviación de poder no sólo se presenta como resultado de la obtención de un fin extraño al interés general, sino también como resultado de la obtención de un fin que, sin ser extraño al interés general, no es la manifestación del interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejercita⁵¹. En este sentido, las autoridades administrativas no pueden obrar *ad-libitum* cuando están de por medio los derechos de los administrados y los actos administrativos pueden adolecer de vicios que acarreen su nulidad, aun cuando tales actos no violen los preceptos constitucionales o legales y con ellos no usurpe atribuciones el funcionario que los profiere. Entre estos vicios está la desviación de poder, pues el acto administrativo “aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, en su espíritu o en el fondo

46 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956, en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 192. Asimismo en GF, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28

47 El artículo 206 de la Constitución atribuye competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa “para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso *por desviación de poder*”.

48 Sentencia de la antigua *Corte Federal* de 2 de junio de 1958 en GF, 2ª etapa, N° 20, 1958, p. 99.

49 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 188. Asimismo en GF, 2ª etapa, N° 1, 1953, p. 153.

50 *Cfr.* S. Martín-Retortillo Baquer, “La desviación de poder en el Derecho español”, RAP, 1957, N° 22, p. 137.

51 *Cfr.* M. Latourneur, “La desviación de poder en Francia”, *Cuadernos de Derecho Francés*, Nos. 14-15, Barcelona, 1960, pp. 19 y 21. Asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales. . ., cit.*, p. 71.

es realmente *contrario a la finalidad del servicio público o de los principios que informan la función administrativa*⁵².

La actividad administrativa en el Estado de Derecho —ha señalado la antigua Corte Federal— está condicionada por la ley a la *obtención de determinados resultados*; por ello no puede la administración pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador “aun cuando aquéllos respondan a las más estrictas licitud y moralidad pues lo que se busca es el logro de determinado fin”⁵³ que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste.

En consecuencia, este elemento reglado de la finalidad de la actuación administrativa viene a ser otro de los límites impuestos al poder discrecional por el principio de la legalidad administrativa.

III. LÍMITES DERIVADOS DE LA FORMA DE APRECIACIÓN DE LOS HECHOS

1. *Introducción*

7. La jurisprudencia en Venezuela ha sido constante en determinar que la “facultad de apreciar las circunstancias en punto a oportunidad y conveniencia”⁵⁴ o la “libertad de apreciación de los hechos”⁵⁵ por la autoridad administrativa que le deja a la ley, no es controlable jurisdiccionalmente y por tanto no tiene límites que permitan dicho control⁵⁶. Esta ha sido por otra parte la opinión general de la doctrina⁵⁷.

En este sentido la antigua Corte Federal ha determinado que “es de la naturaleza de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional, el que no pueda ser revisado o anulado por otro poder en lo que se refiere al *mérito* o fondo. Esta

52 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 28 de septiembre de 1954 en GF, 2ª etapa, N° 5, 1954, p. 218.

53 *Idem.*

54 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal y de Casación* de 4 de junio de 1952, en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, p. 191. Asimismo en GF, 1ª etapa, N° 11, 1952, p. 26.

55 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 189- Asimismo en GF, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133.

56 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa*, de 5 y 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 27.329, 27.342 y 27.344 de 26 de diciembre de 1963 y 13 y 15 de enero de 1964, respectivamente.

57 *Cfr.* Eloy Lares Martínez. *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1963, p. 128. Asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales. . .cit.*, p. 56.

conclusión resulta evidente, porque de lo contrario, esa facultad discrecional no sería tal, ni propia de un poder”⁵⁸.

Asimismo la jurisprudencia ha señalado que en los actos discrecionales “atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, *apreciará* hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello *dispondrá de cierta libertad de apreciación*, sin que quiera significar esto que proceda arbitrariamente”⁵⁹.

Ahora bien, ante esta libertad de apreciación otorgada a la administración por la ley, ¿cabe algún límite y por tanto, algún control? Consideramos que el verdadero problema de los límites del poder discrecional es aquí donde se plantea auténticamente, ya que las anteriores consideraciones sobre los límites impuestos por el principio de la legalidad administrativa, buscaban delimitar el campo de la discrecionalidad⁶⁰.

A la pregunta anterior parece que debe responderse, a primera vista, en forma negativa, pues si la norma jurídica autoriza a la administración “para ejecutar y hacer ejecutar las medidas que juzgue necesarias” en un caso concreto, ello indica que da por buena cualquier solución que adopte la administración.

Sin embargo, *la forma de ejercer esa libertad de apreciación de los presupuestos de hecho* en cuanto a la oportunidad y conveniencia de un acto, sí pueden ser controladas por la autoridad judicial competente, y por tanto, sí tiene límites. Estos límites están constituidos por los Principios Generales del Derecho. En efecto, ya hace más de dos décadas uno de nuestros grandes y clásicos tratadistas, J. M. Hernández Ron, señalaba que “la acción administrativa se puede considerar como discrecional, cuando se realiza según la libre apreciación de las circunstancias que, *con sujeción siempre a la Equidad y a los Principios Generales del Derecho*, hará la Administración”⁶¹. Por tanto, la facultad de ejercer una actividad administrativa en forma discrecional, está limitada por los Principios Generales del Derecho y puede suponer un control jurisdiccional que no implica “una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial”⁶². Se trata en efecto de un control que revisa el ejercicio del poder discrecional que formalmente se ha ajustado a la letra de la ley.

58 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 190. Asimismo en GF, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 134. *Cfr.* Laureano López Rodo, “Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Evolution doctrinale et jurisprudentielle”, RDP, 1953, N° 3, París, p. 579.

59 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 188. Asimismo en GF, 2ª etapa, N° 26, p. 125.

60 *Cfr.* A. Nieto. “Reducción jurisdiccional...”, *loc. cit.*, p. 157; A. De Laubadere, *Traite Élémentaire de Droit Administratif*, 2ª Edición, París, 1957, p. 221.

61 J. M. Hernández Ron, “La Potestad Administrativa discrecional”, *loc. cit.*, p. 8

62 A. Nieto, “Reducción jurisdiccional...”, *loc. cit.*, p. 157.

La jurisprudencia, por otra parte, ha reconocido la posibilidad que tiene la administración de revisar sus propios actos, sobre todo cuando no lesionan derechos legítimamente adquiridos, cuando éstos no se ajustan a las exigencias de la equidad: “Advertido el funcionario de que su determinación no corresponde a las exigencias de la *equidad*, bien por haberse cometido error de derecho, *bien por que no se apreciaron cabalmente circunstancias de hecho*, la sana lógica y el buen sentido han de inducirlo a la consiguiente rectificación”⁶³.

Los límites impuestos a la forma de apreciación de los hechos en el ejercicio del poder discrecional por los principios generales del derecho son extensos. Entre esos principios generales se encuentran el principio de la injusticia manifiesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, el de la igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, puesto que es evidente que la administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico⁶⁴.

Es precisamente por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de los principios generales del derecho por lo que se afirma que “la discrecionalidad no es arbitrariedad”⁶⁵ en forma reiterada por la jurisprudencia⁶⁶.

Veamos los diversos límites señalados por la jurisprudencia venezolana al ejercicio del poder discrecional y que pueden considerarse como principios generales del derecho, es decir, como aquellos principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los

63 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en GF, 2ª etapa, N° 1, 1953, p. 153.

64 *Cfr.* E. García De Enterría, “La lucha por. . .”, *loc. cit.*, pp. 178-179. En este mismo sentido M. F. Clavero Arevalo, “La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las Lagunas del Ordenamiento jurídico”, RAP, N° 7, 152, p. 101, expresa que los Principios Generales del Derecho “constituyen un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de los actos discrecionales, ya que en este sentido se producirá un desbordamiento de la potestad discrecional invadiendo la esfera reglada, cuya norma la constituirán los preceptos administrativos y, en su defecto, los principios generales Del Derecho”.

65 *Cfr.* J. M. Hernández Ron, “La Potestad discrecional y la Teoría de la Autolimitación de Poderes”, RCADF, Año VI, N° 30-31, 1952, p. 8.

66 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo “El Poder discrecional.. .”, *loc. cit.*, p. 187. Asimismo, en GF, N° 1, 1953, p. 151. *Vid.* Además, sentencias de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, p. 188. *Vid.* por otra parte, la sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 191. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28.

presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción⁶⁷.

2. *El principio de la racionalidad*

8. En sentencia de la Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 se expresó que “El uso del verbo “poder”, en la oración “podrá reducir las penas”, del texto copiado, indica que se está en presencia de una facultad discrecional de la Administración Pública. Poder es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho —no el deber ni la obligación—, de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino en general. Cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o *racional*, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”⁶⁸.

En otra decisión referente a las limitaciones a la libertad de cultos que, por otra parte, están sometidos a la suprema inspección de la administración, la antigua Corte Federal señaló que “esa inspección o vigilancia no es puramente contemplativa, sino que implica la facultad de tomar medidas que a juicio del Ejecutivo Nacional aconsejan los superiores intereses de la Nación, materiales, morales, políticos, industriales, patrióticos o de cualquier otra índole *racional y justa*”⁶⁹.

Por tanto, uno de los límites del ejercicio de la libertad de apreciación que implica el poder discrecional, es que éste se ejerza racionalmente, lo que no es sino una consecuencia de ese principio que impone a la administración una actuación lógica y congruente. La irracionalidad y la ilogicidad aparecen entonces como una falta de consecuencia y de nexos lógicos entre las distintas partes que forman el acto administrativo, siempre que no sea la ley la que determine su estructura. En este sentido habría ilogicidad por contradicción en la propia motivación o en el propio dispositivo del acto o por falta de correspondencia entre la motivación y el dispositivo⁷⁰.

Uno de los supuestos que requiere de racionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional es la oportunidad de obrar. Si bien es típico de la discrecionalidad que “la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto

67 Cfr. Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*, Uteha, México, 1949, p. 98.

68 Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 189- Asimismo en GF, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133.

69 En este mismo sentido la antigua *Corte Federal y de Casación*, en sentencia de 7 de diciembre de 1937 señaló: “Cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, la forma de expresión de la voluntad de la administración pública, puede hacerse en las condiciones que juzgue más *conveniente y racional* el funcionario público, siempre que, esa forma de expresión, demuestre claramente la voluntad de la administración”. Véase en *Memoria* de 1938, Tomo I, p. 374.

70 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, “El exceso de poder. . .”, *loc. cit.*, p. 147.

a la *oportunidad de obrar*. . . ello no quiere decir que se obre al arbitrio”⁷¹, es decir, ello no quiere significar que en la elección de ese “momento” se pueda obrar irracionalmente. Por ejemplo, el Reglamento General de Alimentos establece que “corresponde al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social todo lo relacionado con la higiene de la alimentación, y en consecuencia. . . adoptar cualquier otra medida sanitaria que se considere conveniente para el mejoramiento de la alimentación en el país”⁷². Ello implica que la autoridad administrativa, para hacer uso de esa facultad discrecional cuando lo “considere *conveniente*”, puede tomar cualquier medida sanitaria en vista del mejoramiento de la alimentación, pero siempre que ello sea oportuno. Y aquí hay que hablar de una oportunidad espacial y temporal. No sólo es necesario que el “momento” sea el congruente con la medida adoptada (la prohibición de importar carne de cerdo, aunque ésta haya sido tratada para destruir las triquinas, que disponga la autoridad sanitaria porque existe temor de que esté contaminada, en virtud del alto índice de contaminación que presenta en un momento dado en el país de origen, debe hacerse cuando el “momento” lo exige, y no tiempo después, cuando el peligro de contaminación ha sido erradicado), sino que también debe esa apreciación de la oportunidad tener una referencia espacial (prohibición de importar carne de cerdo de un país dado donde existe alto índice de contaminación, y no prohibición general de importación respecto, a todos los países) . En este sentido la jurisprudencia ha determinado que los actos administrativos discrecionales implican “un juicio *técnico lógico de los hechos, soberanamente apreciados* a través de las respectivas normas jurídicas”⁷³.

Por otra parte, el poder discrecional debe ser utilizado técnicamente para que sea racional. Es muy clara en este sentido una norma del Reglamento General de Alimentos citado, única en nuestro derecho positivo, que establece: “Cuando en este Reglamento se deje alguna medida, reglamentación o providencia, a *juicio de la autoridad sanitaria, se entiende que tal medida, reglamentación o providencia debe estar fundada en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico y de ninguna manera podrá ser el resultado de una actuación arbitraria*”⁷⁴. Este es otro de los límites impuestos al ejercicio del Poder discrecional: éste debe ser usado técnicamente por la autoridad administrativa: La prohibición de utilizar determinados utensilios en la elaboración de alimentos debe estar fundada en razones de carácter técnico, es decir, en que del análisis del utensilio se ha comprobado científicamente que contiene sustancias capaces de alterar el alimento.

Claro está, no nos referimos a la llamada “discrecionalidad técnica” que no es controlable jurisdiccionalmente pues se trata de cuestiones que han de resolverse a la vista de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la administración.

71 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 187. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 1, 1953, p. 157.

72 Artículo 1º, ordinal 10 del Reglamento General de Alimentos.

73 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 3 de julio de 1961 en GF, 2ª etapa, N° 33, 1961, p. 14.

74 Artículo 2º del Reglamento General de Alimentos.

En estos casos se trata de una “cuestión de mera apreciación, en la cual la autoridad administrativa es precisamente la más autorizada en virtud de su especialización”⁷⁵. Así se ha señalado que “al margen de la jurisdicción contenciosa deberá quedar únicamente el problema de la adecuación o no del acto a las reglas técnicas o de buena administración”⁷⁶.

3. *El principio de la justicia*

9. Pero además de la exigencia de que el acto administrativo discrecional sea racional, la jurisprudencia en distintas decisiones ha exigido que sea *justo*. El poder discrecional está dado a la autoridad administrativa para que ésta obre “según su prudente arbitrio, consultando lo *más equitativo* o racional, en obsequio de la *justicia y de la imparcialidad*”⁷⁷. Por ello la “discrecionalidad no implica arbitrariedad ni *injusticia*”⁷⁸, y en todo caso, la potestad discrecional del funcionario administrativo, “no puede traspasar los lindes de la verdad y de la *equidad*”⁷⁹.

En este sentido, puede ser controlada jurisdiccionalmente la falta de equidad manifiesta o “iniquidad manifiesta”⁸⁰ en los actos discrecionales, así como también su injusticia manifiesta⁸¹.

En este sentido el principio de la equidad como integrante del más amplio de justicia, funciona al lado de la libertad de apreciar la oportunidad, “como uno de los principios inspiradores para la obtención del mejor contenido del acto, tratando que la autoridad administrativa elija entre las diversas soluciones la más equitativa, la mejor que respete los intereses de la administración y de los administradores”⁸².

Por otra parte, el acto administrativo discrecional no puede crear situaciones manifiestamente injustas. Clásico es el ejemplo de la jurisprudencia italiana por el cual se “anulaba un acto administrativo de separación por escaso rendimiento de un

75 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 13 de diciembre de 1962 (CSJ-PA 173-3; 13-12-62 según siglas del *Instituto de Codificación y Jurisprudencia* del Ministerio de Justicia).

76 S. Martín-Retortillo Baquer, “La desviación de poder...”, *loc. cit.*, p. 146.

77 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 189- Asimismo en GF, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 132.

78 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, p. 191. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28

79 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, p. 193. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 135

80 *Cfr.* Eduardo García De Enterría, “La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria”, RAP, N° 30, 1959, p. 164; M. M. DIEZ, *El Acto Administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 197.

81 *Cfr.* S. Martín-Retortillo Baquer, “El exceso de poder...”, *loc. cit.*, p. 148.

82 M. M. Diez, *op. cit.*, p. 198.

ferroviario, cuya capacidad había sido notablemente disminuida a causa del servicio”⁸³, lo que producía una situación *manifiestamente* injusta.

4. *El principio de la igualdad*

10. Hemos señalado que la jurisprudencia venezolana ha puntualizado que la consagración en la ley de facultades discrecionales para que un funcionario público actúe, es hecha además, para que éste obre “según su *prudente arbitrio*, consultando lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la *imparcialidad*”⁸⁴. Por tanto, otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional es el que se deriva del principio de la igualdad que impide los tratamientos de favor de parte de la autoridad administrativa en relación a los administrados. Hay en este sentido, igualdad, cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, no hay igualdad —hay desigualdad y parcialidad— cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha acordado a otro⁸⁵.

El principio de la igualdad, aunque de rango constitucional⁸⁶ y por tanto aplicable a todas las actuaciones del Estado, ofrece especial interés en cuanto límite del poder discrecional, pues el ejercicio de éste debe adecuarse especialmente a las exigencias de este principio⁸⁷. De ahí que se haya hablado de la “irracionalidad de la desigualdad”⁸⁸.

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado puede ser controlado jurisdiccionalmente, cuando surge de la actuación administrativa un disparate de trato de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias de hecho; o dicho de otro modo, cuando la actividad administrativa ha discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos⁸⁹. Por ejemplo, hay evidentemente un trato desigual si frente a dos propietarios de edificaciones en igualdad de situaciones de peligro, es decir que ambas amenazan ruina, se ordena, por la autoridad administrativa a uno la demolición, y no al otro; o si se ordena a uno de ellos con ciertas modalidades lesivas y que no se imponen al otro.

La aplicación del Principio de la Igualdad como límite del poder discrecional, tiene riquísimas posibilidades, y entre éstas, especialmente, la llamada “vinculación

83 S. Martin-Retortillo Baquer, “El exceso de poder. . .”, *loc. cit.*, p. 149.

84 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 189. Asimismo, en GF, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133. Por otra parte, véase auto de la antigua *Corte Federal y de Casación en Sala Federal*, de 4 de noviembre de 1949, en GF, 1ª etapa, N° 3, 1949, p. 94.

85 *Cfr.* Stasinopoulos, *op. cit.*, p. 212.

86 Preámbulo y Artículo 61 de la Constitución.

87 *Cfr.* Rafael Entrena Cuesta, “El Principio de la Igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo”, RAP, N° 37, 1962, p. 67.

88 J. F. Linares, *Poder discrecional administrativo (Arbitrio Administrativo)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pp. 197-229

89 *Cfr.* E. García De Enterría, “La interdicción. . .”, *loc. cit.*, p. 149.

del precedente”⁹⁰. Se admite, en efecto, que la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias análogas produce la violación del principio de la igualdad y como consecuencia, dicho acto, puede ser controlado en ello por la jurisdicción contencioso-administrativa. No hay duda que esta forma de control ofrece máximas posibilidades, pues la administración, frente a supuestos idénticos, no debe sino decidir, en forma también idéntica, entendiéndolo, sin embargo, que el precedente no vincula a la administración con el rango de fuente del derecho⁹¹.

5. *Principio de la proporcionalidad*

11. Por último, la jurisprudencia ha señalado expresamente que “el funcionario al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo... marcando la exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad)”⁹². Se trata de la aplicación del principio de la proporcionalidad de medios a fines como límite del poder discrecional⁹³. En este sentido, la desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada jurisdiccionalmente. Esa situación puede plantearse en casos como el siguiente: un funcionario comete una falta de poca entidad (contestar de mala forma a un superior); no se discute el hecho considerado en sí mismo; las leyes y reglamentos no prevén la falta, ni fijan la sanción; aunque el poder disciplinario, en principio, es discrecional, no podría destituirse al funcionario porque tal sanción sería *manifiestamente excesiva*, configurando una arbitrariedad⁹⁴.

IV. CONCLUSIÓN: LA DISCRECIONALIDAD NO IMPLICA ARBITRARIEDAD

12. Luego de analizados los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional por el Principio de la legalidad administrativa y por los Principios generales del Derecho en especial, la conclusión no puede ser otra que la reiterada de la jurisprudencia: “*La discrecionalidad no implica arbitrariedad*”⁹⁵.

90 E. García De Enterría, “La interdicción. . .”, *loc. cit.*, p. 150.

91 *Cfr.* S. Martín-Retortillo Baquer. “Exceso de poder...”, *loc. cit.*, p. 143.

92 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .”, *loc. cit.*, p. 191. Asimismo, en GF, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28.

93 *Cfr.* E. García De Enterría, “La interdicción...”, *loc. cit.*, p. 130; Merikoski, *Le pouvoir discretionnaire de l'administration*, Bruselas, 1958, p. 44 *cit.* por E. García De Enterría, “La interdicción...”, *loc. cit.*, p. 163.

94 *Cfr.* Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1953, p. 410, nota Nº 3.

95 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en GF, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28; sentencia de la misma Corte de 17 de julio de 1953 en GF, 2ª etapa, Nº 1, 1953, pp. 151-152; y sentencia de la misma *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959, en GF, 2ª etapa, Nº 26, 1959, p. 125. Véase asimismo dichas sentencias en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pp. 187, 188 y 192.

Así la administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada jurisdiccionalmente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, en materia de ejercicio del poder discrecional se ha hablado de la “*interdicción de la arbitrariedad*” como limitación al mismo⁹⁶.

Ahora bien, una de las formas que han utilizado los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para hacer realmente efectivos esos límites impuestos al poder discrecional, y, por tanto, para lograr un exacto control sobre los actos discrecionales que traspasen esos límites, ha sido la de exigir como principio general el de la necesaria motivación, especialmente, de dichos actos discrecionales⁹⁷.

Es de destacar la sentencia de 9 de agosto de 1957 de la Corte Federal donde se estableció lo siguiente: “Entre los elementos integrantes del acto administrativo están el motivo y la forma... Pues bien, el motivo del acto administrativo es, como lo enseña la doctrina, el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando exista previa y realmente una situación legal o de *hecho*, cuando esa situación es la que el legislador ha previsto con miras a la actuación administrativa. De allí que, vinculado o *discrecional* el Poder de la Administración Pública, cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, todo acto administrativo, máxime si es revocatorio de uno proferido por el inferior jerárquico, *ha de ser motivado*, o mejor dicho, *fundamentado* con los razonamientos en que se apoya... En este orden de ideas, la forma del acto en lo tocante a la *motivación* del mismo ha llegado a considerarse *sustancial*, en razón de que la *ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio* del funcionario... Los actos administrativos deben expresar concretamente la *causa o motivo que los inspira como condición de validez*... De otra parte, la motivación del acto dictado por la Administración no sólo es conveniente como justificativo de la acción administrativa, sino como *medio de permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos* y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto”⁹⁸. La obligación de motivar el acto administrativo discrecional impuesta por la jurisprudencia, es consecuencia, por otra parte, del principio de que el poder discrecional no está sometido al control de fondo⁹⁹. El juez

Vid. además sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964 *cit.* en Nota N° 23.

96 E. García De Enterría, “La Interdicción. . .”, *loc. cit.*, p. 160.

97 *Cfr.* nuestro libro *Las Instituciones fundamentales...*, *cit.*, p. 125; Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 198; José Guillermo Andueza, *El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración Pública*. Publicaciones del Ministerio de Justicia, Caracas, 1959, p. 13.

98 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957, en *GF*, 2ª etapa, N° 17, 1957, pp. 132 y ss.

99 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 3 de julio de 1961, en *GF*, 2ª etapa, N° 33, 1961, pp. 14-15.

contencioso-administrativo, entonces, no pudiendo controlar directamente si el ejercicio del poder discrecional ha sido justo en el fondo, salvo en las formas que hemos visto, exige que los actos discrecionales tengan un elemento *externo* que pruebe que ese poder se ejerció dentro de los límites legales¹⁰⁰ con el objeto de lograr ese control sobre la “exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto”¹⁰¹.

100 *Cfr.* Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 198.

101 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957, en GF, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 133.

§ 2. EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA ENTRE EMPRESAS PÚBLICAS Y EMPRESAS PRIVADAS EN EL SISTEMA ECONÓMICO VENEZOLANO

**National Report to the *X International Congress
of Comparative Law, International Academy of
Comparative Law, Budapest, August
1978****

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de mayor interés en el derecho público contemporáneo, sostenido permanentemente en las últimas tres décadas, ha sido el de las empresas públicas, es decir, el de las organizaciones económicas del Estado para la producción de bienes y servicios.

Si el proceso de crisis y cuestionamiento que provocó la postguerra fue importante en el campo económico y social, ello se debió al nuevo papel que el Estado asumió en economías tradicionalmente liberales. Esto provocó también, una transformación sin precedencia en el derecho público y en particular, en el derecho administrativo.

Particularmente fue, sin duda, el proceso de las nacionalizaciones desarrolladas en países como Francia e Inglaterra y del control de la economía debido a la crisis postbélica que asumió el Estado en países como Italia, lo que caracterizó aquel viraje. El Estado, por una decisión político-económica o por fuerza de la crisis, se convirtió en un agente del proceso económico, conductor de las más importantes industrias del

* Published in the book: *Ponencias Venezolanas al X Congreso Internacional de Derecho Comparado (Budapest, Hungría, 23/28 agosto 1978)*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas 1978, pp.. 261-300.

país, y contralor de las actividades particulares. El fenómeno de las nacionalizaciones consolidó el hecho de la aparición de las empresas públicas en manos del Estado.

El Estado venezolano, y todos los Estados latinoamericanos, no escaparon a esta influencia. Si bien habían establecido algunas empresas económicas con anterioridad a la postguerra, ello no había dejado de ser un fenómeno aislado. Con posterioridad a 1945 fue, en efecto, cuando se comenzó a producir una verdadera inflación del intervencionismo empresarial del Estado, que lo ha llevado hoy a ser, en conjunto, el grupo económico empresarial más poderoso del país.

Sin embargo, en Venezuela y en general, en América Latina, la participación empresarial del Estado en la economía no ha significado la eliminación de las empresas privadas. Al contrario, el sistema de economía mixta que se ha establecido, ha conducido a que empresas públicas y empresas privadas compitan en el proceso económico, salvo en sectores que el Estado se haya reservado exclusivamente.

Las presentes notas tienen por objeto analizar en el sistema jurídico venezolano, el régimen legal de la competencia entre las empresas públicas y las empresas privadas. Para ello, sin embargo, estimamos necesario puntualizar las líneas generales del sistema de economía mixta que impera en Venezuela, lo que se hará en una primera parte; establecer las características generales de las empresas públicas, particularmente sus formas jurídicas, y su diferencia con las empresas privadas, lo cual se hará en una segunda parte; y por último, en una tercera parte establecer las modalidades más relevantes del régimen de competencia y de relaciones entre las empresas públicas y las empresas privadas.

PRIMERA PARTE: EL SISTEMA ECONÓMICO VENEZOLANO COMO UN SISTEMA DE ECONOMÍA MIXTA

I. EL SISTEMA DE ECONOMÍA MIXTA

Sin lugar a dudas, una de las características del Estado en Venezuela, en el último cuarto del siglo XX, es su participación decisiva en el proceso económico. El Estado no sólo regula la actividad económica de los particulares, planifica su acción y orienta la del sector privado, sino que también participa activamente en la economía, como productor de bienes y servicios. El Estado, en definitiva, se muestra cada vez más como un Estado empresario, que extrae e industrializa el petróleo y el hierro, que explota empresas de transporte, que produce azúcar, que comercializa bienes de consumo y que es hasta hotelero. Esta imagen del Estado Empresario es cada vez más común, pues en muchos casos, es la imagen que llega a los particulares consumidores o usuarios.

La empresa pública, por tanto, antaño vista como un atentado a la libertad económica de los particulares, hoy ha entrado en las costumbres de la acción estatal. Si algo caracteriza al Estado Social de Derecho es precisamente, ahora, su actividad empresarial. Pero para que este fenómeno de la intervención activa del Estado haya sido aceptado, fue necesario la producción de cambios en el sistema económico. El viejo esquema del Estado liberal, hoy cada vez más cuestionado, no resistía el empuje de la actividad empresarial del sector público. Fue necesario, en los países de formación

capitalista, llegar a un sistema de economía mixta que otorgara al Estado potestades propias y directas para actuar en el proceso económico.

En efecto, dentro de los regímenes político-económicos contemporáneos y entre los sistemas capitalistas y socialistas, se ha venido configurando un estadio intermedio denominado de economía mixta, en el cual el papel del Estado como empresario o regulador de la vida económica se ha convertido en lo suficientemente importante para poner en duda todos los calificativos de capitalistas o de libre empresa comunes a todos los países no socialistas, pero no tan absolutamente importantes como para justificar el calificativo de socialista a los países que están en este estadio intermedio. Venezuela, indudablemente, puede ubicarse dentro de estos sistemas de economía mixta.

II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

En efecto, los fundamentos del sistema económico venezolano están determinados con precisión en el texto constitucional, en el capítulo dedicado a los derechos económicos, en los siguientes términos:

Art. 95. El régimen económico de la República se fundamentará en los principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El Estado promoverá el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país.

Art. 96. Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad y otras de interés social. La Ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de los precios y, en general, las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica.

Art. 97. No se permitirán monopolios, Sólo podrán otorgarse en conformidad con la ley concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público.

El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control.

La ley determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado.

Art. 98. El Estado protegerá la iniciativa privada, sin perjuicio de la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, y regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza, a fin de impulsar el desarrollo económico del país.

Tal como puede deducirse claramente de los cuatro artículos transcritos de la Constitución, el sistema venezolano no se encuentra ubicado totalmente ni dentro de las llamadas "economías de mercado", donde la libre competencia es la regla y las intervenciones (reguladoras o activas) del Estado son la excepción; ni dentro de las denominadas "economías socialistas", donde la propiedad de los medios de

producción se ha estatizado o socializado totalmente. El sistema económico venezolano, constitucional y realmente, es un sistema de economía mixta, que, si bien protege “la iniciativa privada”, permite al Estado una gran intervención, no sólo de carácter regulador, sino activa, como Estado Empresario. Por tanto, puede decirse que en el sistema económico venezolano el “sector privado” de la economía no es la regla, y el sector público la excepción. Es decir, el sector público y la intervención del Estado en la vida económica no es subsidiaria respecto al sector privado en aquellas áreas en que éste no podía cumplir satisfactoriamente con las exigencias del proceso económico. Sino que, al contrario, se consagra constitucionalmente un sistema de economía mixta en el cual el Estado puede tener una amplísima participación sometida materialmente a muy pocos límites: el ámbito del sector público respecto del sector privado, por tanto, dependerá de la política económica y social concreta del gobierno.

Tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia: “Las actividades del sector público pueden aumentar en la misma medida en que disminuyen las del sector privado, o viceversa, de acuerdo con el uso que hagan las autoridades competentes de los poderes que les confiere el constituyente en las citadas disposiciones...”

“y en razón de ello, es posible que un servicio pase del sector público al sector privado, para que sea explotado como actividad comercial o industrial con fines de lucro, o que el Estado reasuma la responsabilidad de prestar el servicio directamente o por medio de un órgano contratado por él, entre otros motivos, por razones de «conveniencia nacional», según dice el constituyente en las disposiciones antes citadas” (Sentencia de Octubre 1970, en **Gaceta Oficial** N° 1.447, Extraordinaria de 15-12-70).

La importancia fundamental de la fórmula constitucional venezolana está, quizás, en que significa un abandono total a la vieja fórmula liberal -todavía novedosa para algunos neoliberales- del principio de la subsidiaridad del Estado en relación a la iniciativa privada. Según este principio, los entes públicos únicamente deben intervenir para suplir la inexistencia o defectuosa actuación de la iniciativa privada, o en otras palabras, debe haber “abstención de toda intervención allí donde el libre juego de la iniciativa privada es más que suficiente para satisfacer adecuadamente las necesidades públicas”. Al contrario, en el régimen venezolano, la intervención estatal ni es subsidiaria de la iniciativa privada ni tiene límites y ella estará directamente condicionada por la consecución de los fines que tiene el Estado.

III. EL OBJETIVO GENERAL DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

En todo caso, la consagración del carácter mixto del sistema económico venezolano y la amplia habilitación constitucional dada al Estado para intervenir en la vida económica se ha hecho partiendo de una consideración que es, hasta cierto punto, uno de los fines de la sociedad y del Estado: la búsqueda del desarrollo económico y social del país. El objetivo fundamental de promover, impulsar y fomentar el desarrollo *económico* y social *no* sólo orienta la normativa constitucional, sino que forma parte de la regulación del texto fundamental en los artículos transcritos anteriormente. Por ello, la intervención del Estado en la economía y el carácter no subsidiario de la misma, no pueden considerarse como un componente más del

sistema económico al igual que cualquier otro aspecto del sector privado, sino que cualquier enfoque que se haga del sector público, ha de tener en cuenta la finalidad de su ámbito y actuación dentro del sistema económico: propugnar el desarrollo económico y social. En esta forma, por tanto, el sector público no tiene ni puede tener dentro del sistema económico venezolano, el mismo tratamiento que el sector privado. Si el Estado ha decidido asumir y desarrollar directamente la industria petrolera y petroquímica, la industria siderúrgica, la industria del gas natural, la comercialización de los productos derivados del petróleo, para sólo hacer referencia a aquellas actividades que no constituyen un servicio público en sentido estricto, ello no lo ha hecho con el solo criterio especulativo o de obtención de un beneficio económico, como sería el principal criterio de las actividades desarrolladas por el sector privado, sino básicamente como mecanismos para asegurar la soberanía económica del país, promover su desarrollo económico y social, y elevar el nivel de vida de la población a través de mecanismos de redistribución de la riqueza.

Tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia con la sentencia citada: “...no son idénticos los motivos que determinan la acción estatal y la de los particulares en los campos que, respectivamente, le sean asignados: la satisfacción de las necesidades colectivas constituye uno de los fines del Estado y no la ocasión o el medio de obtener una ganancia, ni aun en el caso de que los usuarios estén obligados a pagar una retribución para el servicio que se les preste. En cambio, es la especulación entendida en el sentido de obtener un beneficio lícito en el ejercicio de una actividad lucrativa, lo que impulsa generalmente a los particulares a encargarse de la gestión de servicios de utilidad pública. Por tanto, lo que es para los particulares un simple negocio, puede significar para el Estado, en la generalidad de los casos, el cumplimiento de un deber insoslayable” (*loc. cit.*).

IV. LAS DIVERSAS FACETAS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

Ahora bien, conforme a la habilitación constitucional que tiene el Estado de intervenir en la vida económica y social, el Estado en Venezuela, para el cumplimiento de sus fines, ha venido adoptando varias funciones. En primer lugar, las del Estado regulador, cuando la intervención se limita a regular legalmente y controlar las actividades privadas, por ejemplo, en leyes como las de Protección al Consumidor, de Bancos y otros Institutos de Crédito, o de empresas de seguros y reaseguros. En segundo lugar, las del Estado promotor o de fomento, cuando la intervención del Estado se orienta a estimular las iniciativas privadas en ciertas áreas de la economía, por ejemplo, en leyes como las del Mercado de Capitales, que busca estimular y canalizar la participación del ahorro privado en empresas. En tercer lugar, las del Estado prestador de servicios, cuando la intervención del Estado se convierte en directa y activa, por la asunción, por el mismo, generalmente con carácter de monopolio, de ciertas actividades con carácter de servicio público. Tal es el caso, por ejemplo, de los servicios de correos reservados al Estado. En cuarto lugar, las del Estado empresario, cuando la intervención del Estado también es activa y directa, pero en actividades industriales y comerciales que no tienen el carácter de servicios públicos. Tal es el caso de las industrias que el Estado se ha reservado o de las actividades industriales o comerciales que ejerce a través de sus empresas, en concurrencia con el sector privado; y en quinto lugar, las del Estado planificador, cuando la intervención del Estado tiene por objeto ordenar la totalidad

de la economía hacia la consecución de objetivos de desarrollo en un plazo determinado de tiempo, mediante técnicas de planificación del desarrollo económico y social.

Dentro de estas funciones se destaca, sin duda, la del Estado empresario. Para el cumplimiento de tal tarea, el Estado ha venido adoptando las más variadas formas jurídicas para sus empresas, utilizando tanto formas jurídicas de derecho público como formas jurídicas de derecho privado.

SEGUNDA PARTE: LA CATEGORIZACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

La expresión “empresa pública” se ha venido utilizando en estas notas, y se utilizará, para identificar toda forma de actuación empresarial del Estado, es decir, toda forma de organización estatal para la producción de bienes y servicios. El término no responde, por tanto, a una forma jurídica determinada, sino que tiene más bien, una connotación de carácter económico.

Siendo esto así, para individualizar jurídicamente a las empresas públicas, por cuanto la mayoría de ellas están constituidas con formas jurídicas personificadas de derecho público o de derecho privado, se hace indispensable determinar previamente las formas de la descentralización administrativa funcional en las cuales se ha apoyado el Estado para realizar las actividades empresariales.

I. LAS FORMAS JURÍDICAS DE LA ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

La evolución de medio siglo que ha dado origen a la administración descentralizada en Venezuela, a partir de 1928, se caracteriza, entre otros factores, por la utilización de una enorme variedad de formas y de regímenes jurídicos, hasta el punto de que sólo podría señalarse, como denominador común de esas instituciones, la presencia de un interés público, que se trata de atender por su intermedio.

En tal sentido, se pueden distinguir, dentro de los diversos organismos descentralizados, aquellos entes constituidos conforme a procedimientos propios del derecho público, que se denominan establecimientos públicos, de los entes constituidos con base en normas propias del derecho privado.

1. *Las formas jurídicas de derecho público*

Dentro de la categoría de establecimientos públicos se distinguen los establecimientos públicos institucionales, los establecimientos públicos corporativos y los establecimientos públicos asociativos. Todos ellos tienen como rasgo común, la presencia de una personalidad jurídica de derecho público y de un patrimonio autónomo distinto e independiente del Fisco Nacional. La creación de los mismos es de la reserva legal y es precisamente por ley, o en virtud de la Ley, que obtienen personalidad jurídica de derecho público.

Es de hacer notar que comúnmente muchos de estos organismos son denominados impropriamente institutos autónomos, aun cuando un análisis más detenido de la

naturaleza de los mismos permite establecer categorías dentro de ellos, en base a los fines que persiguen y al régimen jurídico de que están dotados.

A. Los establecimientos públicos institucionales

Esta figura corresponde a los institutos autónomos, y su origen radica en la segregación de ciertas funciones de la administración central, que se cumplen con mayor propiedad dentro de un régimen jurídico que les permita una mayor flexibilidad en el manejo de su patrimonio y en su capacidad negocial.

La Constitución Nacional en su artículo 230, establece varias notas fundamentales para definir el Instituto Autónomo en Venezuela: a) Su creación mediante ley formal; b) Su organización con arreglo a lo dispuesto en la Ley orgánica de la Hacienda Pública Nacional (mientras se dicte una Ley Orgánica de entes descentralizados, a la cual deberán adaptarse todos los institutos autónomos); y, c) Los institutos autónomos quedan sometidos al control por parte del Congreso en la forma que el legislador determine.

Cuando el Estado dota de personalidad y provee de un patrimonio propio a estos entes públicos, no por ello los exime del control estatal, sino que, por el contrario, el Estado los crea, los suprime, los modifica y se reserva el derecho de tutelar su actividad, a través de diferentes formas de control.

Estos organismos no pueden concebirse sino como formando parte del Estado para atender a una de sus funciones, y por tanto, se consideran órganos de la Administración Pública Nacional. En definitiva, son personas de derecho público estatales, es decir, encuadradas en la organización general del Estado.

De acuerdo a la referida norma constitucional, entonces, se puede definir a los institutos autónomos como entes del derecho público creados por Ley, con patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, dotados de personalidad jurídica y sometidos a la tutela del Estado.

Desde el punto de vista de las actividades que realizan los institutos autónomos, podrían tratar de identificarse o clasificarse en razón de la materia. Sin embargo, este criterio no es válido en nuestro país debido a la excesiva variedad de tareas y cometidos que tienen asignados estos entes. En efecto, existen institutos autónomos que realizan actividades industriales y comerciales; y otros en cambio, tienen asignada la prestación de servicios públicos o la realización de tareas de investigación, de ejecución de obras, de desarrollo social, de fomento a la educación y a la cultura, de desarrollo regional, de financiamiento y promoción de la actividad económica privada, y de numerosas funciones de la más diversa índole.

Por otra parte, la terminología que se ha utilizado para designar a los institutos autónomos es sumamente variada: institutos, administraciones, bancos, círculos, cajas, consejos, patronatos, corporaciones, fondos, todo lo cual, en determinados casos, ha inducido a confusión sobre la naturaleza de estos entes descentralizados.

B. Los establecimientos públicos corporativos

La categoría de establecimientos públicos corporativos se caracteriza por la presencia de un sustrato personal, comunidad o corporación, que da a estos entes un

carácter diferente al de simples dependencias administrativas descentralizadas. En efecto, la naturaleza de los fines que persiguen estos entes exige que los mismos no sólo estén dotados de autonomía, entendiendo este concepto en el sentido tradicional que se le da en nuestro país, sino, además, de la posibilidad de elegir sus autoridades.

Dentro de esta categoría de establecimientos públicos se incluye, por una parte, a las universidades nacionales autónomas y, por la otra, a los colegios profesionales. Con respecto a las primeras, la Ley de Universidades establece que “La Universidad es una comunidad de intereses espirituales que reúne a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre”. Ahora bien, la condición particular de estos establecimientos públicos implica la casi ausencia del control de tutela por parte del Estado, y el único control relativo previsto está atribuido al Consejo Nacional de Universidades.

El segundo tipo de establecimiento público corporativo, caracterizado por la existencia de un sustrato personal o corporación de intereses de tipo profesional, está constituido por los colegios profesionales, los cuales están dotados de personalidad jurídica de derecho público por virtud de la Ley que los regula. Los colegios profesionales, que son el ejemplo más acabado de establecimiento público corporativo, no están sometidos a control de tutela, y disfrutan de facultades tributarias con respecto a sus miembros, lo que les confiere una total independencia financiera frente al Estado. Por esta razón, en algunos países se califica a estos entes como establecimientos públicos no estatales.

C. Los establecimientos públicos asociativos

La característica primordial de estos establecimientos radica en que siendo personas jurídicas de derecho público se constituyen bajo la forma de sociedades por acciones para permitir la participación de capital privado en su funcionamiento. Se diferencian de las empresas del Estado, en que éstas son personas jurídicas constituidas totalmente conforme a un régimen de derecho privado, de acuerdo al Código de Comercio. Por otra parte, esta categoría de establecimientos públicos se diferencian de los institutos autónomos en que éstos, por ser dependencias de la Administración, están sometidos a tutela administrativa y a un régimen jurídico especial que no acepta la participación del capital privado en su funcionamiento.

El carácter intermedio de estos entes, con características que los acercan tanto a las empresas del Estado, como a los institutos autónomos, hace que tengan un régimen jurídico particular para cada uno de ellos, que aparece definido en los diferentes estatutos jurídicos que los crean. Así, por ejemplo, el Banco Central de Venezuela, a pesar de que antes de la reforma de 1975, admitía la participación privada en la constitución de su capital, no podía aceptar un número de acciones privadas que representara más del 50 por ciento de su capital social. En cambio, con respecto al Banco de los Trabajadores, se contempla en la Ley que lo crea, que las acciones detentadas por el Estado serán adquiridas progresivamente por los trabajadores, basta llegar a una sustitución total. Cuando se produzca, se habrá transformado el Banco de los Trabajadores en un establecimiento público no estatal.

La diferencia en el régimen jurídico de ambas instituciones antes de 1975 se fundamenta en la índole de los intereses que perseguían: el Banco Central de Venezuela tiene encomendadas funciones que son típicamente estatales por referirse al

mantenimiento del equilibrio financiero del país, lo que llevó a que, en la reforma de 1975, la participación privada desapareciera, sin que sufriera alteración la gestión que realiza el Banco Central,

Por lo que respecta al Banco de los Trabajadores, por ejemplo, la participación estatal puede perfectamente desaparecer, sin que ello impida la consecución de los fines particulares que persigue este organismo.

2. Las formas jurídicas de derecho privado

Una de las características que definen mejor el cambio en la concepción de los fines del Estado, viene dada por la utilización de formas jurídicas que en el Estado abstencionista estaban reservadas a la iniciativa privada. En efecto, no es sino a partir del presente siglo cuando la Administración comienza a realizar cometidos estatales utilizando para ello figuras propias del derecho privado: empresas mercantiles, asociaciones civiles y fundaciones.

A. Las sociedades mercantiles de capital público

La actividad administrativa de gestión económica encontró en las empresas mercantiles su forma de expresión más acabada. En virtud de ella, el Estado se sometió a un régimen jurídico de derecho privado y se colocó en las mismas condiciones jurídicas que los particulares. Esta circunstancia no impidió por lo demás, que el Estado pudiera realizar actividades en condiciones de monopolio, en virtud de la ley

Las sociedades mercantiles de capital público, comúnmente denominadas *empresas del Estado* se constituyen y funcionan conforme al procedimiento y al régimen jurídico establecido en el Código de Comercio. Actualmente, no existe un cuerpo de normas particulares que sea aplicables a las empresas del Estado, aparte de la disposición constitucional en virtud de la cual la actividad de estos entes está sujeta al control del Congreso, en la forma que la ley lo establezca (Art.).

Por otra parte, en las leyes de Presupuesto se ha venido exigiendo desde hace algunos años, determinados requisitos como es el de la aprobación parlamentaria, para la adquisición o enajenación de acciones por parte del Estado, de un instituto autónomo o de una empresa o sociedad en la que el Estado tenga la mayoría de las acciones o una participación decisiva. Además, en la reforma de la Ley de Crédito Público, de 1976, se estableció que las empresas del Estado, al igual que las fundaciones de interés público, quedan sujetas a un régimen similar al establecido en esa Ley para los institutos o establecimientos autónomos.

Dentro de las empresas del Estado cabe distinguir las empresas de capital público, de las de economía mixta. En el primer caso, se trata de sociedades mercantiles cuyas acciones son de propiedad exclusiva del Estado, o en las que éste posee al menos el 75 por ciento de las acciones. Este porcentaje de acciones es el que, conforme a las normas del Código de Comercio, confiere a su propietario la posibilidad de determinar definitivamente la acción de la empresa.

Las empresas de economía mixta son aquellas sociedades mercantiles en las que el Estado posee una participación igual o superior a la mitad del capital social de la misma.

Aparte estos dos tipos de empresas, el Estado tiene participación minoritaria en numerosas empresas mercantiles, las cuales conservan el carácter privado, dado que el Estado no tiene, con respecto a ellas, la posibilidad de condicionar la actividad de las mismas.

Por otra parte, entre las empresas del Estado, se distinguen aquellas creadas por éste, directamente, de las constituidas por un instituto autónomo u otra empresa del Estado, aun cuando esta diferenciación no tiene consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable.

B. Las asociaciones civiles de interés público

Las consideraciones anteriores son también aplicables con respecto a las asociaciones civiles en las que el Estado tiene una participación decisiva. La regulación de las mismas está contenida en el Código Civil, pero en todo caso es una de las formas jurídicas de que se ha valido el Estado para descentralizar sus actividades.

En nuestro país, la forma societaria pública se ha reservado para la realización de cometidos de interés general en el sector agrícola. El Consejo de Bienestar Rural y los Fondos de Desarrollo Algodonero, Frutícola y del Ajonjolí, constituyen casos en que la acción estatal se realiza por intermedio de Asociaciones Civiles. En estos casos se acogió esta categoría jurídica para permitir la participación privada en la gestión de estos organismos, pero el Estado se reservó la orientación de los mismos conforme a las exigencias del interés público.

C. Las fundaciones de interés público

Las fundaciones no son personas jurídicas de tipo asociativo, sino universalidades de bienes dotadas de personalidad jurídica para cumplir cometidos de beneficio colectivo. La constitución de las fundaciones de interés público es ordenada, por lo general, mediante un decreto presidencial, pero la personería jurídica se la otorgaba el cumplimiento de las formalidades de registro, conforme a las disposiciones del Código Civil.

El fundador, es decir, la persona que destina unos bienes para constituir la fundación, puede ser la República o cualquiera de las personas jurídicas estatales, pero también se acepta participación privada en la constitución del patrimonio de la fundación. Aun en estos casos, el Ejecutivo se reserva la designación de los administradores de la fundación, cuando se trata de fundaciones nacionales.

II. LAS FORMAS JURÍDICAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

1. Ausencia de un solo tipo legal

Dada la ausencia de una normativa general relativa a las empresas públicas en Venezuela, estas no tienen un solo tipo legal. El Estado, para constituir las, ha recurrido, en cambio, a los tipos o formas jurídicas que permite el ordenamiento jurídico: como personas de derecho público, los institutos autónomos; y como personas de derecho privado, las sociedades anónimas; y otras formas, como las asociaciones civiles y las fundaciones. Como consecuencia, en el catálogo de las

empresas públicas venezolanas, no existe tampoco una denominación uniforme respecto de ellas. Al contrario, han adoptado las más variadas denominaciones: instituto, corporación, fondo, compañía anónima, sin que ni siquiera estas denominaciones se correspondan siempre, con alguna forma jurídica determinada.

La clasificación fundamental de los tipos de empresas públicas parte de que las mismas tengan o no personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado. En los casos en que sí la tienen, se distinguen las formas jurídicas de derecho público o de derecho privado.

2. *Las formas personificadas*

A. Las formas jurídicas del derecho público

Para la realización de sus actividades industriales y comerciales, el Estado ha recurrido a las más variadas formas de descentralización ya analizadas.

En primer lugar, ha recurrido a las formas de derecho público, es decir, a la figura de los establecimientos públicos institucionales y de los establecimientos públicos asociativos. En ambos casos se trata de personas de derecho público. En cuanto a la figura del instituto autónomo, a pesar de su nombre, la inflexibilidad de muchas normas hacendísticas y de contraloría, han impedido que los mismos puedan, con la debida agilidad, realizar actividades empresariales. Sin embargo, puede decirse que ésta fue la primera figura que utilizó el Estado para establecer empresas públicas. Esa fue la forma jurídica que se le dio, por ejemplo, al Banco Agrícola y Pecuario en 1928.

En cuanto a la figura de los establecimientos públicos asociativos, la rigidez de los institutos autónomos se superó en gran medida al dársele la forma, a la persona pública, de sociedad mercantil. Tal sucedió con la creación del Banco Central de Venezuela, del Banco Industrial de Venezuela y del Banco de Desarrollo Agropecuario. La forma societaria, entre otros aspectos, les dio a estos entes la categoría de comerciantes conforme al Código de Comercio y en gran medida, se les aplicó el régimen de dicho ordenamiento.

Como consecuencia de estas formas de derecho público, el “titular” del patrimonio descentralizado sólo es el Estado, y su organización interna está establecida en la Ley de creación. Su forma de gestión está sujeta a las restricciones propias de la descentralización funcional, y en particular, las provenientes del control de tutela que, sobre ellos, siempre ejerce un Ministro de adscripción. En sus relaciones con terceros, estos entes pueden gozar de las prerrogativas del Fisco Nacional, si su ley de creación así lo establece expresamente.

A pesar de que algunos de estos entes se califiquen como “institutos autónomos”, no siempre se les ha asignado esa expresión en su denominación. Así, existen corporaciones, patronatos, fondos e institutos, que responden a esta categoría de personas de derecho público.

B. Las formas jurídicas de derecho privado

En cuanto a las formas jurídicas de derecho privado, el Estado ha recurrido, para establecer empresas públicas, en general, a la forma de la sociedad anónima, y en

algunos casos a la forma de la asociación civil y de la fundación, reguladas en el Código Civil.

En estos casos, normalmente el Estado ha seguido las formas de constitución previstas en el Código de Comercio y en el Código Civil: Acta Constitutiva con la participación de varias entidades públicas como accionistas o asociados, que luego se registra en el Registro Mercantil. En general, esos accionistas o asociados son la República y otros institutos autónomos o empresas públicas.

En los casos de sociedades mercantiles de un único accionista, como las empresas públicas surgidas de la nacionalización petrolera, Petróleos de Venezuela C. A., por ejemplo, se constituyó por Decreto del Presidente de la República el cual fue posteriormente registrado en el Registro Mercantil. Lo mismo ha sucedido con las Fundaciones creadas por la República: mediante Decreto se ordena su constitución y posteriormente se registra el Decreto en el Registro Público.

En estos casos, la organización y funcionamiento de estas empresas públicas con forma jurídica de derecho privado, es la establecida en el Acta constitutiva o Decreto de creación y su gestión está sometida, en principio, al derecho privado, salvo las excepciones establecidas en normas especiales, como las del Reglamento de coordinación, administración y control de los institutos de la administración pública nacional de 1970, que les pueden ser aplicables.

En relación a estas empresas públicas, y en particular aquellas con forma de sociedad anónima, no existe un control de tutela propiamente dicho, sino que los controles de parte de la administración central se ejercen a través de los mecanismos societarios: Asamblea de socios o fundadores.

Por último, en sus relaciones con los particulares, las empresas con forma de derecho privado, en general, se rigen por este, al igual que cualquier particular.

3. *Las formas no personificadas*

En general, puede afirmarse que la forma asumida por nuestra administración central para descentralizar actividades condujo a la creación de personas jurídicas de derecho público o de derecho privado, distintas de la del Estado, ya que se consideraba que ésta era la mejor forma de eludir la inflexibilidad de la acción administrativa y el principio de unidad del Tesoro. Por otra parte, era la única forma admitida por nuestra legislación hacendística.

Ello no impidió, sin embargo, que al margen de las normas legales, se hubieran creado patrimonios autónomos sin el otorgamiento de personalidad jurídica separada, como fue el caso de la Comisión Nacional de Financiamiento a la Pequeña y Mediana Industria y de ciertos fondos autónomos, como el Fondo Nacional de Café y Cacao. Esta solución de los patrimonios autónomos, aun cuando presentaba muchas ventajas por lo que se adopta en otros países, no tenía asidero legal en Venezuela.

Estos patrimonios autónomos son, dentro de la Administración Pública venezolana, haciendas unitarias y permanentes, que se han destinado para realizar determinada actividad por parte del Estado, cuyo administración tiene una autonomía funcional, en el dominio financiero, contable y de gestión, sin adquirir por ello personalidad jurídica.

En todo caso, es necesario señalar que los patrimonios autónomos considerados como una forma de organización administrativa moderna, no estaban acogidos en nuestra legislación, ya que la única forma de autonomía recogida en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional era la del Instituto Autónomo. Recientemente, sin embargo, la Ley Orgánica de régimen presupuestario de 1976 ha consagrado la figura como una de las excepciones al principio de la unidad del Tesoro.

III. PRINCIPALES DIFERENCIAS JURÍDICAS ENTRE EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS

1. *Tipo de derecho aplicable*

Tal como resulta de la enumeración hecha anteriormente de las formas jurídicas de las empresas públicas, puede señalarse que estas están sometidas a un régimen mixto de derecho público y de derecho privado, tanto en cuanto se refiere a su constitución, organización y funcionamiento. Las empresas públicas con forma de instituto autónomo, en dicho régimen mixto, están sometidas, con preponderancia, al derecho público, en virtud de la forma jurídico-pública del instituto autónomo; en cambio, en las empresas públicas constituidas con forma de sociedad mercantil, el régimen de aplicación preponderante es el de derecho privado.

Por el contrario, en el caso de las empresas privadas, éstas están sometidas en cuanto a su constitución, organización y funcionamiento al derecho privado, sin perjuicio de las innumerables restricciones y limitaciones a la libertad económica previstas en las leyes (derecho público) y que, por supuesto, les son aplicables.

2. *Libertad de organización formal*

A las restricciones establecidas para la constitución de las empresas públicas, contrasta la libertad de constitución de las empresas privadas, con las limitaciones derivadas de la regulación de la libertad económica: restricciones, por ejemplo, para las inversiones extranjeras conforme a la Decisión N° 24 del Grupo Andino; restricciones para la constitución de empresas bancarias y otros institutos de crédito o de empresas de seguros y reaseguros, etc.

3. *Demarcación legal de sectores de actividad*

Conforme a la Constitución, “el Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional” (Art. 97), y en base a esta facultad, el Estado se ha reservado los siguientes sectores de actividad económica, en los cuales no pueden operar empresas privadas: la industria del gas natural, la explotación del mercado interno de los productos derivados del petróleo, la explotación del mineral de hierro, y la industria y el comercio de los hidrocarburos. En estos sectores, la reserva al Estado implica el establecimiento a su favor de un monopolio de derecho, y por lo tanto, sólo pueden operar en dichos sectores, las empresas públicas constituidas con tal finalidad, a las cuales se atribuya el ejercicio de esas actividades. En materia de gas natural y de explotación del mercado interno de los hidrocarburos se atribuyó esa actividad a la Corporación Venezolana del Petróleo (cvp); en materia de explotación del mineral de hierro, a la empresa constituida con tal fin por la Corporación Venezolana de

Guayana, la Ferrominera del Orinoco; y en materia de la industria y el comercio de los hidrocarburos, a Petróleos de Venezuela C, A.

4. *Goce de derechos y prerrogativas*

Las empresas públicas con forma de instituto autónomo, tal como se dijo, si sus leyes de creación lo establecen expresamente, pueden gozar de las prerrogativas del Fisco Nacional. Por supuesto, las empresas privadas no podrían, en ningún caso, gozar de dichas prerrogativas, así como tampoco las empresas públicas constituidas con forma de sociedad mercantil.

Por otra parte, es frecuente que algunas empresas públicas gocen de una exención general de impuestos y contribuciones, como sucede con el Banco Central de Venezuela y con Petróleos de Venezuela S.A., lo que no sucede respecto de las empresas privadas, las cuales sólo pueden de exoneraciones específicas.

5. *Sujeción a obligaciones y restricciones*

Por supuesto, el régimen de derecho público predominante en las empresas públicas implica la existencia de obligaciones y restricciones de una naturaleza que no existe en las empresas privadas, tal como sucede en materia de control fiscal, por ejemplo; lo que no implica que en su campo de actividad, las empresas privadas no se encuentren sometidas a una serie de restricciones, obligaciones y sujeciones particulares, tal como sucede en materia de bancos, seguros, e inversiones extranjeras.

IV. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

1. *Factores políticos-económicos de su aparición*

La aparición de las empresas públicas en Venezuela obedece, sin duda, al cambio del papel del Estado en la vida económica y social. A partir de la década de los años treinta, como se dijo, el Estado comienza progresivamente a asumir un papel más activo en la conducción del proceso económico-social del país. Deja de ser un Estado meramente liberal o de fomento, y comienza a intervenir en la vida económica, asumiendo o creando directamente empresas públicas.

Este nuevo papel del Estado, se ha acentuado a partir de la última década, y ahora se nos muestra como un Estado planificador y empresario. En esta forma, el Estado fue constituyendo progresivamente empresas en actividades de producción (industriales), de financiamiento, agropecuarias, de servicios, etc., sin sustituir la actividad privada, y muchas veces en concurrencia con la misma.

La creación de empresas públicas hasta 1975, por tanto, no se debió a motivaciones políticas nacionalizadoras. Hasta ese año, sólo puede hablarse de nacionalización propiamente dicha, en el caso de la empresa de teléfonos, Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (Cantv) ocurrida en 1954, mediante la adquisición de las acciones de dicha empresa por el Estado.

Recientemente, en 1975, sin embargo, se produjeron nacionalizaciones en dos sectores básicos: el hierro y el petróleo, los cuales han sido reservados al Estado mediante Ley. En estos casos, el mismo carácter de nacionalización de dichos sectores, evidencia la presencia de factores políticos además de los de carácter

económico, en la creación de las empresas públicas que manejan las industrias nacionalizadas.

2. La creación de empresas públicas mediante la adquisición de empresas privadas

Además de las formas de creación de empresas públicas por actos unilaterales del Estado, mediante Ley, Decreto Ejecutivo o acto de otras empresas públicas, ha sido frecuente la constitución de empresas públicas mediante la adquisición por parte del Estado (directamente por la República o por otras empresas públicas) de empresas privadas. Esta adquisición se ha realizado, mediante compra a adquisición pactada de las acciones de la empresa; o mediante mecanismos de cesión forzosa.

A. Adquisición consensual: Compra o cesión de acciones

En la mayoría de los casos en que las empresas públicas han surgido por la transformación de empresas privadas en públicas mediante la adquisición de aquéllas por entes públicos y otras empresas públicas, la compra o cesión de acciones realizada por vía consensual, ha sido la norma. Por ejemplo, la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), constituida en 1930 como empresa privada concesionaria del servicio de teléfonos en virtud de contrato de concesión aprobado por ley de 6 de junio de 1930, fue adquirida por la República en 1953, y si bien quedaron en manos privadas acciones preferidas, estas fueron adquiridas totalmente por la República, en 1954. La adquisición de la CANTV por el Estado obedeció a una política de nacionalización de los servicios de telefonía, aun cuando ello no fue objeto de ningún acto estatal formal de nacionalización. En todo caso, la CANTV, como empresa pública, adquirió sucesivamente todas las empresas privadas de teléfonos, la última de las cuales fue adquirida en 1973; y aun cuando continúa siendo concesionaria de los servicios de telefonía y otros de telecomunicaciones, lo es en tanto que empresa pública.

En otros casos, la adquisición de las empresas privadas por empresas públicas, aun cuando realizada en forma amigable y contractual, ha obedecido a un acto formal de nacionalización, tal como ha sucedido con las empresas mineras.

En efecto, con motivo del Decreto-Ley que reserva al Estado la industria de la explotación de mineral de hierro de 26 de noviembre de 1974, la Corporación Venezolana de Guayana, subrogada al Estado en todos los derechos y obligaciones que le correspondan para la más pronta transferencia al Estado de todas las concesiones otorgadas para la explotación de mineral de hierro y de los bienes afectos a las concesiones, procedió a suscribir, con las empresas privadas concesionarias, convenios tendientes a hacer efectiva esa transferencia, los cuales fueron aprobados por el Congreso. Posteriormente, con los bienes, instalaciones y derechos transferidos, la Corporación Venezolana de Guayana constituyó la empresa Ferrominera del Orinoco C. A. que, como empresa pública, realiza toda la actividad de explotación de mineral de hierro por cuenta del Estado. En todo caso, a pesar del carácter contractual de la adquisición de las empresas privadas, el Decreto-Ley respectivo estableció que la compensación correspondiente “en ningún caso, será mayor que la parte no depreciada del costo de tales bienes, entendiéndose como tal su valor de adquisición menos el monto acumulado de depreciación y amortización usado a los fines de impuesto sobre la renta”.

En el Decreto-Ley que reservó al Estado la industria de explotación del mineral de hierro, sin embargo, se estableció como procedimiento subsidiario a la ausencia de la vía contractual para la adquisición de empresas privadas, un procedimiento expropiatorio, sometido a normas particulares, el cual no se llegó a aplicar.

B. Adquisición forzosa

En otros supuestos, la adquisición de empresas privadas por el Estado ha sido de carácter forzoso. Tal fue el caso de la adquisición de las empresas petroleras al producirse la nacionalización.

En efecto, la Ley Orgánica que reservó al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, de 29 de agosto de 1975, previó un procedimiento para la transferencia de la industria petrolera al Estado ligeramente diferente al de la nacionalización del hierro, pues realmente estableció un mecanismo de transferencia forzosa, muy similar al previsto en la ley de expropiación: el Ejecutivo Nacional haría a los concesionarios, oferta “de indemnización por todos los derechos que tengan sobre los bienes afectos a las concesiones”, la cual no podía “ser superior al valor neto de las propiedades, plantas y equipos, entendiéndose como tal, el valor de adquisición, menos el monto acumulado de depreciación y amortización, para la fecha de la solicitud de expropiación, según los libros usados por el respectivo concesionario a los fines del impuesto sobre la renta”. Las empresas petroleras concesionarias, con excepción de la Occidental Petroleum Co., aceptaron la oferta de indemnización, y como consecuencia, se firmaron las respectivas “Actas de avenimiento”, las cuales se aprobaron por las Cámaras Legislativas en cesión conjunta. Si bien hubo acuerdo entre las concesionarias y la República, ello fue producto de un avenimiento dentro de un proceso de transferencia forzosa, tal como sucede con arreglo amigable dentro del proceso de expropiación general.

Pero desde el punto de vista formal, la constitución de las empresas petroleras subsidiarias de Petróleos de Venezuela C. A., tuvo una distinta modalidad. Como consecuencia de la aceptación de las indemnizaciones por parte de las empresas privadas concesionarias, la mayoría de las cuales eran empresas constituidas en el extranjero, estas constituyeron sendas sociedades mercantiles registradas en Venezuela “de conformidad con la Base Cuarta del artículo 6- de la Ley Orgánica”. El 1° de enero de 1976, al extinguirse las concesiones, la empresa matriz, Petróleos de Venezuela C.A., adquirió las acciones de las catorce empresas constituidas por las ex concesionarias que se convirtieron en sus filiales: Lagoven, Maraven, Meneven, Llanoven, Deltaven, Palmaven, Roqueven, Bariven, Amoven, Boscanven, Taloven, Guariven y Vistaven. La Corporación Venezolana del Petróleo, instituto autónomo creado en 1960, fue convertido en Sociedad Anónima conforme a las exigencias de la Ley Orgánica y lo establecido en el Decreto N° 1.127 de 2 de septiembre de 1975, y sus acciones fueron asignadas en propiedad a Petróleos de Venezuela.

Pero aparte del supuesto de adquisición formalmente forzosa, por el Estado, de las empresas petroleras privadas, constituidas especialmente para esa transferencia, el mecanismo de la expropiación forzosa no ha sido comúnmente utilizado. En el campo de la nacionalización petrolera sólo se anunció que se intentaría juicio de expropiación respecto de la empresa Occidental Petroleum Co., y recientemente también se anunció la adquisición por el Estado de una empresa privada, la Owens Illinois de Venezuela

S. A., que realizaba su actividad en el campo de la industria manufacturera del vidrio y que era filial de una empresa norteamericana, tal como lo señaló el propio gobierno, “por haber violado esta empresa transnacional, normas constitucionales y legales venezolanas de irrenunciable y obligatorio cumplimiento para operar en el país” ...al dar “a la publicidad en los principales diarios de Estados Unidos de Norteamérica y de Europa, una comunicación producida por grupos subversivos venezolanos, al margen de la ley, en la cual se ofende la dignidad del país, se propicia la subversión de! orden constitucional, se desconoce la legitimidad de las instituciones nacionales, se ofende y difama a los órganos del Poder Público Nacional, en particular a funcionarios del gobierno nacional y del Congreso de la República”. Al anunciar la adquisición forzosa de la empresa, el gobierno señaló que adoptaría “Las medidas que sean conducentes para el traslado de las acciones de la Owens Illinois International, otorgando justa indemnización”. El gobierno nacional en septiembre de 1977 aún no había materializado la adquisición de la empresa, aun cuando se anunciaba que se continuaba en conversaciones con la misma.

3. *Objetivos asignados a las empresas públicas*

La creación de empresas públicas en Venezuela ha respondido a diversos objetivos que van desde prestar apoyo al sector privado, particularmente en el campo crediticio, hasta acentuar la independencia económica del país. En términos generales, las empresas públicas, según sus objetivos, pueden clasificarse de la siguiente manera:

A. Prestación de servicios públicos y apoyo a empresas privadas

Históricamente puede decirse que las empresas públicas comenzaron a funcionar en Venezuela en el campo de los servicios públicos y de apoyo al sector privado; es decir, respondiendo al clásico principio de la subsidiaridad de la acción del Estado en relación a las actividades particulares.

En esta forma, la mayoría de las empresas públicas creadas hasta mitades de los años cincuenta, lo fueron en el campo de los servicios públicos: transporte aéreo, alcantarillado y agua potable, ferrocarriles, renovación urbana, transporte marítimo, teléfonos, hoteles; y en el campo de las entidades financieras para la asistencia crediticia al sector privado. En ambos casos, se trató de manifestaciones del Estado prestador de Servicios públicos y del Estado de fomento que sustituyó al clásico Estado Liberal.

B. Instrumentos de la política industrial

A partir de la década de los años cincuenta el Estado comienza a intervenir directamente en el campo económico y particularmente en el campo industrial. Así, comienzan a surgir las industrias del Estado en el campo petroquímico, producción y distribución de energía eléctrica, azucarero, petrolero y siderúrgico. Esta intervención se realizó sin que hubiera de por medio acciones nacionalizadoras, sino que el Estado, paralelamente al sector privado y sin sustituirlo totalmente, comenzó a actuar como Estado Empresario.

C. Desarrollo regional

En la década de los años sesenta el Estado comenzó a utilizar las empresas públicas como instrumento de desarrollo regional, para promover o financiar el desarrollo de

grandes complejos industriales en regiones del país o para planificar y financiar el desarrollo de regiones particularmente atrasadas. Así se creó, en 1960, la Corporación Venezolana de Guayaca, que tuvo a su cargo la promoción y financiamiento de la industria estatal, de siderurgia y de producción de energía hidroeléctrica en la región de Guayana. En 1964 se creó la Corporación de los Andes para atender a la planificación y desarrollo de la región andina y posteriormente se crearon las Corporaciones de desarrollo de la región 211- liana, de la región centro occidental y de la región nororiental. En el esquema de regionalización administrativa establecido en 1969 y consolidado en 1972, a las corporaciones de desarrollo regional que funcionaban en cinco de las ocho regiones del país se le asignaron básicamente funciones de financiamiento de proyectos de desarrollo; sin embargo, en 1975 el gobierno resolvió convertir a las Corporaciones de desarrollo regional en las instituciones que, además de funciones de promoción y financiamiento, asumieran las tareas de planificación del desarrollo regional y de implementación a nivel de las regiones de “las políticas fundamentales del Estado en función del desarrollo nacional y regional”.

D. Independencia económica

Pero las empresas públicas también han sido establecidas por el Estado como instrumento de independencia económica mediante la reserva al Estado de actividades económicas; institución constitucional que regula la nacionalización en Venezuela. En esta forma, en lo que va de la década de los años setenta, el Estado, mediante ley, se ha reservado la industria del gas natural, el mercado interno de los productos derivados del petróleo, la industria del mineral de hierro, y el comercio e industria de los hidrocarburos. En todos estos casos, las actividades económicas nacionalizadas han sido asumidas por empresas públicas: a la Corporación Venezolana del Petróleo se le asignó la industria del gas natural y la comercialización interna de los productos derivados del petróleo; a la Corporación Venezolana de Guayana, a través de su empresa filial la Ferrominera del Orinoco C. A., la industria del hierro; y a Petróleos de Venezuela C. A., a través de diversas empresas filiales, la industria y el comercio de los hidrocarburos.

TERCERA PARTE: LAS RELACIONES ENTRE LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y LAS EMPRESAS PRIVADAS

En un sistema de economía mixta, como el que rige en Venezuela, por tanto, puede decirse que la regla es que las empresas públicas y las empresas privadas realicen sus actividades en régimen de competencia. La participación preponderante o no del sector público en la economía dependerá, en definitiva, de la política económica del Estado en un momento determinado. En este sentido, por ejemplo, quizás sea conveniente señalar que en Venezuela, el sector público (Administración central y administración descentralizada donde se ubican las empresas públicas) genera más del 50 por ciento del Producto Territorial Bruto (PTB), y que en la composición del sector público los entes descentralizados y empresas del Estado representan el 70 por ciento de los egresos. Fácil es advertir la importancia que tienen las empresas públicas en nuestro país.

Esta actividad empresarial pública, sin embargo, tiene tal magnitud, en virtud de que se ha establecido que determinados sectores de la economía queden reservados exclusivamente al sector público; o al sector público y privado nacionales con

exclusión de los inversores extranjeros. En el régimen de la competencia entre empresas públicas y empresas privadas, entonces, pueden distinguirse: sectores reservados a las empresas públicas; sectores reservados a empresas nacionales (públicas o privadas); sectores en que pueden actuar las empresas privadas pero sometidas al control de empresas públicas; y sectores de libre competencia.

I. LA RESERVA DE SECTORES ECONÓMICOS AL ESTADO

De acuerdo a lo establecido en el artículo 97 de la Constitución:

No se permitirán monopolios. Sólo podrán otorgarse en conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público.

El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control.

La Ley determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado.

Conforme a esta norma constitucional, se abrió la posibilidad, no ya que el Estado realice actividades empresariales, sino que las realice en forma exclusiva, reservada, excluyendo a los particulares del ámbito de las mismas. Esta reserva, sin duda, tiene por efecto fundamental establecer una limitación a la libertad económica excluyéndola del sector reservado.

Conforme a esta autorización constitucional, el Estado, en Venezuela, ha recurrido a la reserva de las siguientes actividades:

1. Mediante Ley que reserva al Estado la industria del gas natural de 26 de agosto de 1971, se reservó la industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos, la cual se encomendó a la Corporación Venezolana del Petróleo, una de las empresas públicas filiales, desde 1975, de Petróleos de Venezuela C. A.

2. Mediante Ley que reserva al Estado la explotación del mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos de 26 de junio de 1973, se reservó al Estado como servicio de interés público la explotación del mercado interno de los siguientes productos derivados de los hidrocarburos: combustibles, gases de petróleo licuado (GPL), aceites, lubricantes, grasas, solventes, ligas para sistemas de frenos, fluidos para sistemas hidráulicos, petrolatos, parafinas y asfaltos. El servicio de interés público reservado comprendió las actividades de importación, suministro, almacenamiento, distribución y expendios de los mencionados productos en el territorio nacional.

La realización de estas actividades se encomendó también a la Corporación Venezolana del Petróleo.

3. Mediante Decreto-Ley N° 580 del 26 de noviembre de 1974, se reservó al Estado la industria de la explotación de mineral de hierro, y dichas actividades se encomendaron a la Corporación Venezolana de Guayana, quien las realiza a través de la empresa filial Ferrominera del Orinoco C. A.

4. Por último, mediante la Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, de 29 de agosto de 1975, se reservó al Estado todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio interno y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera. Esta actividad la ejerce el Estado a través de Petróleos de Venezuela C. A. y sus filiales.

Aparte de los supuestos anteriores, en los cuales las Leyes o Decretos-Leyes respectivos han *reservado*, formalmente, determinadas actividades económicas al Estado, en otros dos casos, mediante Decretos-Leyes, se ha producido una reserva similar, aun cuando no establecida formalmente. Se trata, en efecto, de la reserva al Estado de las industrias militares y de la industria nuclear.

En efecto, mediante Decreto-Ley N° 883, de 29 de abril de 1975 se declaró de utilidad pública el desarrollo de las industrias militares, es decir, el conjunto de empresas cuyo objeto esencial es la fabricación de armamentos, municiones, explosivos y cualesquiera otro material o equipo de igual naturaleza que interese a los fines de la defensa nacional. Se estableció, además, en dicho Decreto-Ley, que: “El Estado atenderá el desarrollo de las industrias militares a través de una empresa que se constituirá bajo la forma de compañía anónima y cuyos accionistas serán la República de Venezuela y organismos públicos” (Art. 6). Dicha empresa del Estado funciona bajo las políticas impartidas por el Ejecutivo Nacional y conforme a las normas y planes elaborados por el Consejo Nacional para el desarrollo de las industrias militares (Art. 7).

En el mismo sentido, mediante Decreto N° 925, de 16 de mayo de 1975, se dispuso que “El Estado atenderá al desarrollo de la industria nuclear a través de la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico, a cuyo efecto proveerá, directamente o por intermedio de entes estatales que de conformidad con sus estatutos de creación tengan competencia para ello, los recursos que fueren necesarios para el cumplimiento de su objeto” (Art. 8). Se estableció, además, que la C. A. de Administración y Fomento Eléctrico “podrá constituir empresas para el desarrollo de la industria, en cuyo capital pueden participar *entidades públicas* o *empresas del Estado* vinculadas a la misma”.

En esta forma, mediante estos dos Decretos, se ha establecido una reserva a favor del Estado, para la realización de las actividades industriales en el campo militar y nuclear. Esta reserva no afectó a empresas privadas, pues para ese momento no existían en el país empresas dedicadas a esos objetivos.

En todo caso, la reserva de actividades económicas al Estado conlleva básicamente una prohibición, impuesta a los particulares y empresas privadas, de realizar actividades propias del sector reservado, lo que afecta tanto a aquellos particulares o empresas que venían realizando actividades en el sector, como a cualquier particular o empresa, que pretendiera, en el futuro, realizar dichas actividades. Después de la reserva, por tanto, los particulares o empresas que operaban en el sector, no pueden continuar realizando sus actividades, y hacia el futuro, ningún otro particular puede

realizar nuevas actividades en el sector. La libertad económica, en el mismo, ha sido excluida y es imposible ejercerla.

Como consecuencia de ello, el acto de reserva, *per se*, no conlleva derecho alguno de los particulares afectados a indemnización por parte del Estado. Aquellos, simplemente, cesan en sus actividades, y un deber de indemnización sólo surgiría si el Estado decide apropiarse de las instalaciones o de las empresas de los particulares que operaban en el área reservada, es decir, decide nacionalizar esas empresas.

Este principio, en nuestro criterio, se deduce de las normas de la Ley que reserva al Estado la industria del gas natural de 26 de agosto de 1970. En efecto, esta Ley reservó al Estado la “industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos” (Art. 1), y estableció, por tanto, la obligación a los concesionarios de “entregar al Estado, en la oportunidad, medida y condiciones que determine el Ejecutivo Nacional, el gas que se produzca en sus operaciones” (Art. 3). Corría por cuenta del Estado el pago a los concesionarios de “los gastos de recolección, comprensión y entrega del gas” (Art. 7). La reserva, *per se*, no daba ningún derecho a indemnización por parte de los concesionarios, y el Estado sólo pagaba los costos de la recolección, comprensión y entrega del gas. La Ley sólo previó una compensación *en el caso de que el Estado decida asumir las operaciones de recolección, comprensión y tratamiento en plantas que actualmente realizan los concesionarios*, en cuyo caso, la misma equivaldría “a la parte no depreciada del costo de las instalaciones y equipos que requiere para esas operaciones o el valor de rescate de los mismos, si éste fuere menor que aquél” (Art. 8). De acuerdo a esto, la indemnización sólo procedía si el Estado decidía apropiarse de las instalaciones, y por esa apropiación; la reserva, en sí misma, en cambio, como prohibición impuesta a los concesionarios de seguir aprovechándose del gas natural, no dio derecho alguno a indemnización.

En relación a la reserva de actividades económicas al Estado, debe señalarse su diferencia con la nacionalización de empresas. En efecto, esta figura implica la obligatoriedad impuesta a todas las empresas que operan en ciertas áreas o sectores de la economía que el Estado se reserva por razones de conveniencia nacional, de transferirle a éste la propiedad de las mismas, mediando indemnización. Esta figura tiene en Venezuela fundamento constitucional en la ya señalada figura de la reserva al Estado de industrias o sectores económicos.

En efecto, tal como se ha señalado, la reserva tiene como consecuencia dos efectos fundamentales: en primer lugar, establecer en favor del Estado un monopolio de derecho; y en segundo lugar, establecer, como consecuencia, una prohibición para los particulares de realizar actividades en el sector reservado, en virtud de la exclusión de la libertad económica que implica: por esta sola reserva, no tiene el Estado obligación alguna de indemnizar a los particulares excluidos. Pero si además de la reserva, esta se acompaña con la exigencia y obligación impuesta a los particulares y empresas afectadas, de transferir forzosamente al Estado las instalaciones con que operaban, estaremos en presencia de la figura de la nacionalización, que sí da derecho a indemnización.

En el ordenamiento jurídico venezolano, por tanto, la figura de la reserva junto con la expropiación dan origen a una nueva institución: la nacionalización, sometida a sus propias normas indemnizatorias, de acuerdo a la interpretación que haga la Ley de la

“justa indemnización” a que se refiere el artículo 101 de la Constitución. En este sentido, por ejemplo, las normas para calcular la indemnización con motivo de las nacionalizaciones de las industrias del hierro y del petróleo, establecidas en el Decreto-Ley que reserva al Estado la industria de la explotación de mineral de hierro y en la Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos de 29 de agosto de 1975, son distintas a las previstas en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social; y entre otros factores porque no se trata de una expropiación pura y simplemente.

La expropiación de empresas, como se dijo, es una restricción a la propiedad de una determinada organización económica: no afecta, *per se*, la libertad económica en un determinado sector, y el hecho de que se expropie una empresa no impide que otros particulares realicen actividades en ese mismo sector.

En cambio, en la nacionalización, la reserva afecta y excluye la actividad económica en el sector reservado, y la transferencia forzosa de las empresas se produce respecto de todas las que operan en el sector, con la prohibición para los particulares de seguir realizando o realizar en el futuro actividades en dicho sector. Aquí no hay una restricción a la libertad económica de un particular o grupo de ellos, sino la exclusión de la libertad económica respecto a un determinado sector. Por eso, los principios de la expropiación no pueden aplicarse, tal como están en la legislación tradicional, a la expropiación que acompaña a la reserva estatal, pues en este caso, la nueva institución que surge, la nacionalización, condiciona el tratamiento del proceso.

II. LA RESERVA DE SECTORES ECONÓMICOS A EMPRESAS NACIONALES PÚBLICAS O PRIVADAS

Una segunda modalidad de exclusión de la actividad económica tiene lugar mediante las disposiciones legales que reservan el ejercicio de ciertas actividades o sectores económicos a empresas nacionales, públicas o privadas, y que, por tanto, la excluyen respecto de las empresas privadas extranjeras.

Un proceso de venezolanización de las actividades económicas puede decirse que se inició en firme en Venezuela con motivo de la promulgación de la Ley de Empresas de Seguro y Reaseguro de 1965, que exigió que en las mismas no menos del 51 por ciento del capital perteneciera a personas venezolanas; y si estas eran personas jurídicas, no menos del 51 por ciento de su capital debía pertenecer a personas venezolanas naturales (Art. 18). Ello condujo al legislador a prever una serie de plazos para la transformación de las empresas extranjeras en empresas con capital mayoritario venezolano, y establecer, además que de lo contrario, no podían seguir realizando operaciones de seguro o reaseguro en el país (Arts. 122 y ss.).

En 1970, con motivo de la promulgación de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, de 30 de diciembre de ese año, se avanzó más en el proceso de venezolanización y se estableció que a partir de ese momento no se autorizaría la constitución de nuevos bancos cuyo capital no fuera totalmente venezolano (Artículo 32); y en aquellos supuestos de bancos con un capital extranjero superior al 20 por ciento del capital social, se establecieron una serie de limitaciones (Arts. 33 y 34) de manera de propugnar su transformación patrimonial (Art. 159).

§ 2. COMPETENCIA ENTRE EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS.
X CONGRESO, BUDAPEST, 1978

Posteriormente, con motivo del ingreso de Venezuela al Grupo Andino, entró en vigencia en nuestro país la Decisión N° 24, relativa al régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías (véase en *Gaceta Oficial* N° 1.620 Extr. de 1-11-73). Este cuerpo normativo estableció para todos los países miembros del Acuerdo, normas de extraordinaria importancia en cuanto a la reserva de actividades económicas al capital nacional o más precisamente a empresas nacionales, que son las que tienen más del 80 por ciento de capital nacional.

En efecto, estableció que cada país podía “reservar sectores de actividad económica para empresas nacionales públicas o privadas” (Art. 38), pero además, estableció directamente que no se admitiría “el establecimiento de empresas extranjeras ni nueva inversión extranjera directa en el sector de servicios públicos”, tales como “agua potable, alcantarillado, energía eléctrica y alumbrado, aseos y servicios sanitarios, teléfonos, correos y telecomunicaciones” (artículo 41); no se admitiría “nueva inversión extranjera directa en el sector de seguros, banca comercial y demás instituciones financieras” (Art. 42); ni en “empresas de transporte interno, publicidad, radioemisoras comerciales, estaciones de televisión, periódicos, revistas ni en las dedicadas a la comercialización interna de productos de cualquier clase” (Art. 43).

De acuerdo a estas disposiciones, mediante Decreto N° 62 del 29 de abril de 1974, reglamentario de la Decisión N° 24, *Gaceta Oficial* N° 1.650 Extr. de 29-4-74, quedaron reservados a las empresas nacionales y no se admite nueva inversión extranjera directa en los siguientes sectores de la actividad económica:

- a) Los servicios públicos de teléfonos, correos, telecomunicaciones; agua potable y alcantarillado; la generación, transmisión, distribución y venta de electricidad y los servicios de vigilancia y seguridad de bienes y personas;
- b) La televisión y radiodifusión; los periódicos y revistas en idioma castellano; el transporte interno de personas y bienes; la publicidad; la comercialización interna de bienes y servicios cuando fuese ejercida por empresas que se dediquen a esas actividades, salvo que se trate de bienes o servicios producidos por ellas en el país;
- c) Los servicios profesionales en actividades de consultoría, asesoramiento, diseño y análisis de proyectos y realización de estudios en general en las áreas que requieren la participación de profesionales cuyo ejercicio esté reglamentado por leyes nacionales (Art. 1).

Posteriormente, mediante Decreto N° 2.031 de 9 de febrero de 1976, se amplió la reserva señalada, quedando reservados a las empresas nacionales los siguientes sectores de actividad económica:

- “a) Los servicios públicos de: teléfonos, correos, telecomunicaciones, agua potable y alcantarillado; la generación, transmisión, distribución y venta de electricidad y los servicios sanitarios, de aseo y de vigilancia y seguridad de bienes y personas.
- b) La televisión y radiodifusión; los periódicos y revistas en idioma castellano; el transporte interno de personas y bienes y la publicidad. A juicio de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras podrán quedar exceptuadas de esta disposición las publicaciones en castellano de carácter científico o cultural.

c) La comercialización interna de bienes. Las empresas extranjeras domiciliadas en el país, para la fecha de entrada en vigencia de este Decreto, dedicadas a estas actividades podrán ejercer dicha comercialización directamente o a través de empresas controladas en su capital o en su gestión por la empresa extranjera, siempre y cuando se trate de bienes producidos por ellas en el país.

d) Los servicios profesionales en actividades de consultoría, asesoramiento, diseño y análisis de proyectos y realización de estudios en general, en las áreas que requieran la participación de profesionales cuyo ejercicio esté reglamentado por leyes nacionales, salvo que se trate de empresas que a juicio de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, aporten tecnología para el desarrollo del país y que en las mismas, la participación extranjera no exceda del cuarenta y nueve por ciento (49 por ciento)” (Art. 1).

Esta ampliación de la reserva, por otra parte, motivó la inclusión de algunas excepciones y precisiones, contenidas en cuatro párrafos del mismo artículo 1° del Decreto N° 2.031, con el siguiente contenido:

Parágrafo primero. Se exceptúa de esta disposición: la comercialización interna de bienes de producción o de consumo durables y sus accesorios y productos complementarios aun no durables, cuyo uso o aplicación dependan de los mismos. Esta excepción se aplica únicamente a la comercialización de aquellos bienes que no se fabriquen en el país o cuya importancia no está sujeta a la política de protección industrial y siempre y cuando conjuntamente con la comercialización de estos, las empresas extranjeras dedicadas a estas actividades presten en el país servicios técnicos necesarios para el uso y mantenimiento del bien. En estos casos, los servicios necesarios deberán ser prestados por personal venezolano calificado, a cuyo efecto, las empresas extranjeras deberán transferir la tecnología requerida a dicho personal mediante su contratación y entrenamiento. La Superintendencia de Inversiones Extranjeras, se encargará de exigir el cumplimiento de estas obligaciones.

Parágrafo segundo. La Superintendencia de Inversiones Extranjeras podrá exceptuar del cumplimiento de esta disposición a las empresas que se obliguen con el Ejecutivo Nacional antes de la fecha prevista en el artículo segundo de este Decreto a producir en el país los bienes que comercialicen internamente en las condiciones indicadas en el siguiente párrafo, en un plazo no mayor de tres (3) años, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de este Decreto.

Parágrafo tercero. Se entiende que una empresa produce en el país los bienes que comercializa cuando su producción en el territorio nacional es igual o superior al cincuenta y uno por ciento (51 por ciento) del total de su actividad principal y ésta tenga un valor agregado nacional no inferior al treinta por ciento y el porcentaje de dicha producción se refleje proporcionalmente en las ventas brutas y los ingresos totales de la empresa, siempre que las líneas complementarias de comercialización tengan relación con la actividad manufacturera principal.

Parágrafo cuarto. Podrán ser además exceptuadas, las empresas receptoras existentes en el país al 31 de diciembre de 1973 que, a juicio de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, se dediquen a la comercialización de

bienes producidos en el país por empresas nacionales en virtud de contratos de fabricación y con tecnología real y efectiva transferida por la empresa receptora, por su casa matriz o por una empresa filial o subsidiaria de ésta”.

Como consecuencia de la reserva, se estableció en el mencionado Decreto N° 62 que las empresas extranjeras que operasen en dichos sectores debían transformarse en empresas nacionales, para cuyo efecto debían poner en venta por lo menos el 80 por ciento de sus acciones para adquisición por inversionistas nacionales antes de mayo de 1977 (Art. 2) . El Decreto N° 2.031 del 9 de febrero de 1977 extendió dicho plazo hasta el 30 de diciembre de 1977 (Art. 2). En todo caso, mediante la Ley sobre Transformaciones de Empresas Extranjeras, de 21-8-75, se establecieron las modalidades de dicha transformación y los poderes de control y fiscalización de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras.

Tanto en el Decreto N° 62 como en el Decreto N° 2.031, se estableció que los sectores de seguros y bancos se seguirían regulando por sus leyes especiales (Art. 4). En todo caso, con motivo de la reforma de la Ley de Empresas de Seguro y Reaseguro de 1974, se exigió que dichas empresas no debían tener más del 20 por ciento de su capital pagado directa o indirectamente en manos de personas extranjeras (Art. 25), por lo que se les concedió un plazo de 2 años a las empresas que tuvieran capital extranjero en proporción mayor a ese 20 por ciento para cumplir con dicho requisito (Art. 192) y transformarse en empresas nacionales, de acuerdo a la previsión de la Decisión N° 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

En todos estos supuestos, se trata de una exclusión de la libertad económica en áreas determinadas respecto de cierta categoría de personas; exclusión que implica imposibilidad de realizar para esas personas las actividades reservadas, y obligación de poner en venta sus participaciones a inversionistas nacionales, a los efectos de que la empresa se convierta en empresa nacional. En ningún caso, por supuesto, la limitación derivada de la exclusión da derecho alguno a indemnización por parte de los inversionistas extranjeros afectados.

III. LOS SECTORES ECONÓMICOS SOMETIDOS AL CONTROL EMPRESARIAL DEL ESTADO

Hemos señalado que conforme al artículo 97 de la Constitución, “El Estado propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control”, por lo que se establece que las industrias básicas pesadas, aun cuando no se excluye que puedan ser realizadas por empresas privadas, deben estar sometidas al control de las empresas públicas que se establezcan en los respectivos sectores.

Ha sido sólo recientemente cuando se han establecido regulaciones legales tendientes a establecer la forma de ejercicio de este control y las áreas industriales básicas a los cuales se aplica: industria naval, industria aeronáutica, e industrias petroquímicas.

En el campo de la industria naval, mediante Decreto-Ley N° 927 del 16 de mayo de 1975, se dictaron las normas para el desarrollo de la industria naval, en las cuales se estableció que los organismos y entidades públicas, las empresas del Estado o aquellas en las cuales este participe directa o indirectamente en su capital y que

tuvieran por objeto la realización de actividades relacionadas con la industria naval, debían ajustarse a los lineamientos y a las orientaciones que les fueren señalados por el Consejo Nacional para el desarrollo de la industria naval, “sin cuya aprobación no podrá ejecutarse ningún plan o programa sobre la industria naval” (Art. 4). Además, se estableció que los organismos del Estado no pueden conceder incentivos crediticios, fiscales, arancelarios, administrativos o de cualquier otra índole, a las personas naturales o a las personas jurídicas de carácter privado, sin la previa aprobación del proyecto de inversión por parte del Consejo Nacional señalado, con lo cual se controlan todos los mecanismos de fomento estatal a las empresas privadas en este campo (Art. 4).

Por último, se señaló expresamente que el Estado debía atender al desarrollo de la industria naval a través de una empresa pública, constituida como compañía anónima, la Corporación Venezolana de la Industria Naval C. A. COVINCA, la cual tiene entre sus objetivos, la constitución de empresas para el desarrollo de la industria. Se estableció en las referidas normas que en dichas empresas podía participar el capital privado nacional y el capital extranjero conjuntamente con el sector público, a cuya participación, en todo caso, debe corresponder la dirección y administración de la industria (Art. 9).

Normas similares a las mencionadas se establecieron en el campo de la industria aeronáutica, mediante el Decreto-Ley 925 de 28 de mayo de 1975, contentivo de las Normas para el Desarrollo de la Industria Aeronáutica.

En sentido similar se ha proyectado regular a la industria petroquímica. Sin embargo, aún sin regulación específica, este sector industrial funciona bajo el control del Estado a través del Instituto Venezolano de Petroquímica, establecimiento público creado en 1956 y recientemente (1977) transformado en Compañía Anónima. En la mayoría de las empresas filiales de dicho instituto hay participación de capital privado.

IV. LOS SECTORES EMPRESARIALES DE LIBRE COMPETENCIA

Salvo los casos reservados a las empresas públicas a que se ha hecho mención anteriormente, la actividad de empresas públicas y privadas en otros sectores de la economía se desarrollan, en principio, en libre competencia, y sometidas a las mismas regulaciones económicas establecidas por el Estado para esas actividades.

Sin embargo, no hay duda que en muchos casos, dadas las funciones que las empresas del Estado realizan, gozan en muchos casos de situaciones y regulaciones mucho más ventajosas que las empresas privadas que operan en el mismo sector.

Por ejemplo, así sucede en la actividad bancaria. Algunos bancos constituidos por el Estado como el Banco de Desarrollo Agropecuario y el Banco Industrial de Venezuela; y otros institutos de crédito y financiamiento del Estado, tales como la Corporación Venezolana de Fomento; la Corporación Venezolana de Financiamiento a la Pequeña y Mediana Industria, el Instituto Nacional de Crédito Agrícola y el Instituto Nacional de la Vivienda, no se rigen, en general, por la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, sino que conforme a esta Ley (Art. 190) se rigen por sus leyes especiales: estas leyes, entre otros aspectos, regulan instituciones

jurídicas particulares a ser utilizadas por estos entes estatales, como sería el caso de las prendas especiales en el caso del Banco Industrial de Venezuela (Arts. 34 y siguientes de su Ley); y de la prenda agraria e industrial, en el caso del Banco de Desarrollo Agropecuario (Arts. 59 y siguientes de su Ley).

Situación similar ocurre, por ejemplo, en el sector de comercialización de productos agrícolas regulado por la Ley de Mercadeo Agrícola de 21 de agosto de 1971, mediante la cual se creó, además, la Corporación de Mercadeo Agrícola. Esta empresa pública, con forma de establecimiento público institucional, por ejemplo, tiene poderes regulatorios de la actividad de mercadeo agrícola entre otros, en el campo de la clasificación y normalización de los productos agrícolas (Art. 13), y en el campo del establecimiento de normas sobre calidad, sistema de envasado y presentación de los productos agrícolas (Art. 14), que le da una posición preponderante en el mercado, respecto de las empresas privadas que comercialicen productos agrícolas.

CONCLUSIONES

La conclusión fundamental que puede extraerse del análisis efectuado anteriormente sobre el sistema de economía mixta establecido en Venezuela, y de la participación del Estado en el proceso económico, como empresario, es que en nuestro país se ha abandonado el clásico principio liberal de la subsidiariedad de la intervención del Estado en la vida económica.

Constitucionalmente, el Estado tiene poderes y potestades propias de intervención en el proceso económico, aun en áreas o sectores económicos que sean atendidos por los particulares. En esta forma, no hay áreas de la economía reservadas a los particulares, en las cuales el Estado no pueda o deba intervenir. Al contrario, lo que se da es la situación inversa: que el Estado puede reservarse, y de derecho, lo ha hecho, sectores económicos para ser explotados, en exclusividad, a través de empresas públicas, sectores en los cuales no pueden actuar los particulares.

El sistema de economía mixta, por tanto, admite la competencia entre empresas públicas y empresas privadas, pero estas relaciones se encuentran limitadas en las áreas en las cuales sólo pueden actuar las empresas públicas, o en las cuales, aun cuando se permita la actuación del sector privado, éste debe estar sometido al control empresarial del Estado.

§ 3. EL CENTRALISMO VENEZOLANO Y LAS EXIGENCIAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA

**National Report to the *XI International
Congress of Comparative Law*, International
Academy of Comparative Law, Caracas,
September 1982***

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier observador de la vida política nacional, así como cualquier lector de periódicos, podría llegar a la conclusión de que uno de los aspectos en los cuales hay una coincidencia de los actores políticos, es el de la necesaria reforma del Estado. El tema no sólo ha sido tratado, siempre, en todos los programas políticos electorales de los últimos 15 años, sino que líderes políticos y representantes de los principales grupos de interés y gremios, como Fedecámaras y la C. T. V. coinciden en plantear la necesidad urgente de una reforma del Estado.

Para formular este planteamiento, por supuesto, se parte del convencimiento de que el Estado Venezolano, considerado en todo su universo, desde las entidades nacionales a las municipales, está en crisis, es decir, no está cumpliendo las funciones que se espera de sus instituciones, y las que realiza, no se están ejecutando en la forma como se espera. Lo grave de la crisis institucional, sin embargo, es que ya se convierte, además, en una angustia institucional, por la pérdida progresiva de fe en la capacidad de las instituciones políticas y administrativas del Estado Contemporáneo de funcionar bien.

* Published in: *Revista de Estudios Políticos* N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-junio 1982, pp. 5-10.

Por ello, se dice, hay que reformar al Estado. Pero ¿qué implica ésta? Por supuesto, el planteamiento varía según el prisma de cada quien, y en general, en las afirmaciones que se hacen sobre el tema, se confunde la parte con el todo, y se cree que reformando tal o cual institución, aisladamente, se soluciona el problema global. Así, se dice, hay que elegir a los gobernadores, que ahora se designan por el Presidente de la República; hay que elegir uninominalmente a los Concejales, los cuales se eligen ahora por listas bloqueadas en grandes circunscripciones electorales; y hasta se propone, aisladamente, la creación de la figura de un Primer Ministro. Y podríamos seguir dando ejemplos.

II. EL CENTRALISMO POLÍTICO Y LA FEDERACIÓN

Sin embargo, quienes hacen estos planteamientos aislados, quizá no se han percatado que con esas reformas no se soluciona el problema del mal funcionamiento del Estado, si no se ataca el problema de fondo y global: el del centralismo. En efecto, ¿qué ganamos con elegir a los Gobernadores, si éstos no tienen materialmente atribuciones estatales que ejercer? Si los Estados de nuestra Federación fueran entidades con competencias autónomas de importancia, la elección de los gobernadores podría ser un paso de avance en el proceso de descentralización. Pero elegir a los gobernadores en el esquema actual, significaría enquistar guerrilleros desocupados en la estructura política del país, con grave riesgo para el funcionamiento del Estado. El problema no se resuelve con la elección de los Gobernadores: el problema es otro, el del centralismo, y la elección del ejecutivo estatal sólo puede verse como una medida más dentro de un esquema descentralizador, y como resultado de la consolidación de un sistema de descentralización política estatal.

Lo mismo puede plantearse respecto a otras de las propuestas aisladas: por ejemplo, la elección uninominal de los Concejales. ¿Qué ganamos con elegirlos en esa forma, si continuamos teniendo el gobierno local excesivamente alejado del ciudadano? Si el Municipio, como entidad política primaria dentro de la organización nacional, existiera en nuestro país con adecuadas y adaptadas competencias autónomas en niveles territoriales donde sea posible el encuentro efectivo entre el elector-vecino y su representante, la elección uninominal sería un paso de avance en el proceso de participación política propio de un esquema descentralizador. Pero elegir pura y simplemente a los Concejales en forma uninominal, en el esquema actual de lejanía del ciudadano y del mal funcionamiento de las Municipalidades, significaría frustrar las aspiraciones de participación y las voluntades electoras. El problema no se resuelve con la elección uninominal: el problema es otro, de nuevo, es el del centralismo que agobia la participación, y la elección uninominal sólo puede verse como una medida más dentro del esquema descentralizador que acerque al gobierno local, con acertadas competencias, al ciudadano.

Pero dentro de los ejemplos de planteamientos aislados que se formulan sobre la reforma del Estado, también hemos visto la propuesta de crear la figura de un Primer Ministro, para que auxilie al Presidente de la República en la coordinación, dirección y control de las funciones asignadas, a los diversos órganos operativos. Este planteamiento no sólo es confuso, porque el sistema presidencial venezolano es incompatible con la figura del Primer Ministro, cuya esencia sería el respaldo parlamentario, sino que si lo que se busca es un órgano para auxiliar al Presidente,

dentro de nuestro sistema presidencial, en la coordinación, dirección y control de las tareas de los Despachos Ministeriales, ese órgano existe en la Legislación actual, y es el Ministro de la Secretaría de la Presidencia. Sin embargo, no es un órgano con poderes fijos y determinante: depende de lo que el Presidente quiera, y así tiene que ser. Lo contrario, darle a un Primer Ministro poderes propios directos, significaría desquiciar nuestro presidencialismo y establecerle un guerrillero al Presidente al lado de su Despacho. La propuesta, por tanto, además de confusa está errada, pues no ataca el problema real: la excesiva concentración de tareas en los niveles superiores del Ejecutivo, por el excesivo centralismo político administrativo del Estado Venezolano.

En nuestro criterio, por tanto, la reforma del sistema político venezolano tiene necesariamente que atacar el primer problema de nuestra realidad política: el centralismo.

En efecto, una de las características fundamentales del Estado Venezolano, desde el punto de vista institucional, es su excesiva centralización; es decir, la excesiva concentración del poder político, administrativo y jurídico en la Administración Nacional y en las instituciones políticas «federales», poder que no es compartido por los entes territoriales que tenemos: los Estados de nuestra Federación, y las Municipalidades que han existido en los Distritos en que aquellos, tradicionalmente, se han dividido.

Venezuela continúa siendo un Estado Federal y, por tanto, en principio, con instituciones descentralizadas, pero contradictoriamente es un país absolutamente centralizado, donde el federalismo es un nuevo ribete histórico, pues los Estados de la Federación, con su división política territorial y sus autoridades electas y designadas, sólo han quedado como legado de nuestra historia política del siglo pasado. Y ello, porque al producirse la integración política del país bajo la dictadura gomecista, y luego, la integración física y cultural, aquellos Estados dejaron de servir para los fines políticos para los cuales habían sido estructurados —mantener la unión política en un sistema disgregado en unidades regionales caudillistas—, y fueron siendo relegados a entelequias políticas uniformizadas por el peso del centralismo.

En todo caso, si en Venezuela queremos hablar de la reforma del sistema político, es decir, de la reforma del Estado, tenemos necesariamente que enfocar el problema medular de nuestras instituciones que es el centralismo político-administrativo; y plantearnos este problema, a la vez, exige que nos formulemos esquemas de descentralización política, y esto, por más que algunos traten de no hablar de ello siquiera, nos conduce nos guste o no a analizar nuestra Federación como forma del Estado.

Por supuesto, se que hablar de Federación, en esta década de los ochenta, a más de alguno le parecerá un retroceso hacia instituciones superadas, y cuyas glorias quedaron en los cambios políticos del siglo pasado. De la Federación, en efecto, casi sólo nos ha quedado la mención que leemos a diario en los documentos oficiales, de los años que han transcurrido desde la Independencia y la Federación. Y si bien nuestra República está dividida en 20 Estados, la verdad es que muy pocos políticos y dirigentes nacionales saben para qué sirven, exactamente, con sus Asambleas Legislativas y sus Gobernadores, sus conflictos y sus problemas internos. Los Estados, en realidad, se han venido convirtiendo en un apéndice del gobierno

nacional, habiéndose reducido al Gobernador a funciones meramente policiales, configurándose, además, como reducto de activistas locales quienes, en general, medran en sus Asambleas Legislativas.

Nuestra Federación actual, por tanto, es un contrasentido en sí misma, habiendo provocado que la autonomía de los Estados se haya convertido en una autonomía inútil, sin contenido ni reales posibilidades de acción en relación al desarrollo económico y social del país o de las regiones.

El régimen jurídico de los Estados, por tanto, o se transforma radicalmente, para convertir a esta institución en un instrumento del desarrollo nacional, y en el principal instrumento de desarrollo regional y local, o no tendremos más remedio que pensar en su eliminación, como más de alguno ha propuesto.

En todo caso, si el Estado Venezolano contemporáneo es un Estado centralista y centralizador, el mismo se ha consolidado por un sistema de partidos políticos también centralizador, que se ha desarrollado en la vida política nacional al amparo del texto constitucional de 1961, el cual, sin duda, también es una constitución centralista. Puede decirse, que la Constitución de 1961 puso fin a la Federación, cuya sentencia de muerte se pronunció a partir de 1945.

Ahora bien, al hablar de Federación, debemos aclarar el contenido de este término político-estatal, tan lleno aún de confusiones en muchas esclarecidas mentalidades contemporáneas. Ciertamente que la Federación está íntimamente ligada a nuestra historia, como realidad política; se instauró en la Primera República de 1811; acompañó el nacimiento de la Venezuela separada de la Gran Colombia de 1830 a 1857; en su nombre se libraron las guerras federales y ella guió, en 1864, la estructuración de la forma de Estado por los vencedores; sirvió, durante la segunda mitad del siglo pasado, para consolidar el poder de los caudillos, y durante la primera mitad de este siglo para liquidarlos; y cuando se integró el país en todos los órdenes, fue relegada progresivamente. Hablar de Federación, por tanto, provoca la evocación de tantas etapas de nuestra historia a las cuales ha estado ligada, que exige una elemental aclaratoria de lo que este término significa, sobre todo cuando el propio texto constitucional vigente declara solemnemente en su artículo 2° que el Estado Venezolano es un Estado Federal.

Federación, en efecto, por definición, es una forma de Estado descentralizado, contraria a la del Estado Unitario, que reconoce la existencia de entidades políticas territoriales como potestades políticas autónomas, reflejadas básicamente en la elección de sus autoridades, y en la existencia, en ellas, de potestades públicas diversas: potestades legislativas, tributarias, administrativas y financieras autónomas. Así, un Estado será Federal si está descentralizado político-territorialmente, y será unitario si carece de entidades políticas autónomas en su territorio a niveles superiores a los municipales.

Teniendo en cuenta esto, sin duda, la forma del Estado Venezolano consagrada en la Constitución es absolutamente contradictoria: nuestra Federación es centralizada lo que conduce a la estructuración de un Estado centralizado con membrete federal. Esta contradicción, ha provocado reacciones violentas en los estudiosos de nuestras estructuras políticas: unos, acordándose de las anécdotas históricas, propugnan la eliminación de todo vestigio federal de nuestras instituciones, y que el Estado debe centralizarse totalmente; nosotros, al contrario, propugnamos la descentralización política del Estado, como única vía futura, para el

logro del desarrollo político del país. Parecería mentira, pero ciento cincuenta años después de la discusión sobre centralismo-federación que signó el nacimiento de la República, el problema sigue planteado, pero por supuesto, con contenido y urgencias diferentes.

Somos unos convencidos de la necesaria descentralización del Estado Venezolano, como condición para el perfeccionamiento de la democracia y para nuestro adecuado futuro desarrollo político. Pienso, además, que es el momento propicio, dada la crisis institucional actual, para insistir sobre el tema. Para ello, quiero destacar aquí y ahora algunos aspectos del problema: en primer lugar, quiero insistir en los efectos de este proceso de centralización político-administrativa; en segundo lugar, precisar los elementos de crisis que este centralismo ha producido en las entidades político territoriales de nuestro sistema político; y en tercer lugar, plantear algunas bases para la descentralización del Estado Venezolano.

III. ALGUNOS EFECTOS DEL CENTRALISMO

El proceso centralizador del Estado Venezolano, puede caracterizarse porque ha provocado una centralización política, una centralización administrativa, una concentración de la Administración Pública, y un debilitamiento de las autoridades locales. Queremos referirnos a estos cuatro aspectos, separadamente.

1. *La centralización política y el debilitamiento de la autonomía estatal*

En el Estado Venezolano, en efecto, el poder político, jurídico, financiero, tributario, normativo y administrativo, se ha centralizado en las instituciones políticas nacionales: el Congreso y el Poder Ejecutivo. El país, fuera de la sede de los poderes nacionales, existe con dificultad. La vida política de nuestras provincias a veces es inocua e inútil: casi no sirve para nada, salvo para la supervivencia de los líderes políticos locales, los cuales, en general, tienen una sola mira: Caracas. El interior, políticamente, no atrae; al contrario, espanta y a veces se constata que sólo hombres con espíritu de conquista o en el otro extremo, de conformismo, se aventuran a vivir la política interiorana.

El constitucionalismo venezolano de las últimas décadas, por otra parte, ha centralizado al Estado a costa de las regiones: las divisiones político-territoriales, los Estados de nuestra Federación, han sido vaciados de contenido al quitársele sucesivamente sus competencias. ¿De qué sirve, entonces, una Asamblea Legislativa, si no tiene materia sobre la cual legislar, y de qué sirve un Gobernador, salvo de ser agente del poder central, si no tiene materia propia, estatal, para administrar y gobernar? El Gobernador, por tanto, en general, gobierna materias prestadas por el poder central, que las Asambleas Legislativas no controlan; y éstas legislan sobre aspectos formales, que no tienen nada que ver con el desarrollo económico, social y físico de los Estados.

Por otra parte, a pesar de la competencia residual de los Estados, éstos no tienen recursos tributarios propios. Sus recursos financieros son dados por el Poder Nacional, y como el situado constitucional aumentó, al aumentar los ingresos ordinarios nacionales, el Estado centralista controló aún más la disposición de dichos ingresos estatales, para lo cual dictó una de las leyes más centralizadoras de los últimos años: la Ley de Coordinación de la Inversión del Situado Constitucional,

con los planes desarrollados por el Poder Nacional, con la cual se ha lesionado la poca autonomía que la Constitución consagra a favor de los Estados.

De resultados de este panorama, los Estados hasta comienzos de la década de los cuarenta todavía instrumentos de una descentralización tímida del Estado, en los últimos cuarenta años han pasado a ser demarcaciones sin importancia para el aparato político-nacional, como resultado de la centralización política del Estado.

2. La centralización administrativa y el debilitamiento de la Administración Regional

Pero a la centralización política se agrega una agobiante centralización administrativa que está conspirando contra el propio Estado, por la ineficiencia de su actuación y por la ineffectividad de sus acciones. La Administración Pública Venezolana sufre hoy del peor mal de las instituciones administrativas del mundo contemporáneo: la excesiva centralización de las decisiones administrativas, en los niveles nacionales, lo que ha implicado que todas las decisiones concernientes a asuntos y problemas estrictamente locales, no se resuelven en la región respectiva, sino a nivel nacional, produciéndose un embotellamiento intolerable. Así, hay una sub-administración en las regiones y entidades locales, confrontada con una sobre-administración.

Esta situación ha provocado diversas consecuencias: una confrontación demasiado evidente, en materia de desarrollo, entre los niveles locales o regionales y el nivel nacional; y la carencia de recursos humanos suficientes y eficientes a nivel local o regional, para asumir los programas de desarrollo. Esto provoca un círculo vicioso: no se descentraliza la toma de decisiones sobre asuntos estrictamente regionales o locales, porque no hay suficientes recursos humanos dispuestos en ese nivel; pero no habrá nunca un desarrollo adecuado de recursos humanos a nivel local o regional, si no se descentraliza, efectivamente, el poder de decisión.

Ahora bien, un pequeño país rural, con sus pretensiones políticas democráticas, como la de Venezuela de hace cuarenta años, podía ser administrada en forma centralizada. Sin embargo, sencillamente, es imposible que sea administrada, toda, desde Caracas. Hemos llegado, administrativamente hablando, al absurdo de llegar a centralizar todo en nuestro país: los servicios educativos, los servicios de atención médica, la regulación del tránsito, la planificación urbana, el abastecimiento de poblaciones, para solo citar algunos ejemplos. Todo se pretende administrar desde Caracas, y ello lo que ha conducido es, además de la insuficiencia e ineffectividad de la acción nacional, a crear monstruosos aparatos burocráticos que se agotan en sí mismos y comienzan a ser un fin en sí mismos, actuando como el «catoblepas», aquel animal mitológico tan estúpido, que se comía sus propios miembros, y a aniquilar toda posibilidad de desarrollo administrativo en el interior del país.

Y frente a la centralización administrativa nacional, a veces se cree que existen mecanismos de descentralización efectivos, cuando se desarrolló la política de regionalización administrativa, y se crean las Corporaciones de Desarrollo Regional, no percatándose que, en realidad, éstos son instrumentos del Poder Nacional, que conducen, a veces, a una mayor centralización administrativa, pues en su conducción no participan las administraciones ni los gobiernos estatales. Es más, la experiencia ha demostrado que estas Corporaciones, en general, han actuado de espaldas e ignorando a los Gobernadores de los Estados.

En el campo administrativo, por otra parte, debe insistirse en el efecto centralizador de la mencionada Ley de Coordinación del Situado Constitucional con planes administrativos desarrollados por el Poder Nacional. En la práctica, lejos de ser una Ley que haya conducido a la coordinación, lo que ha provocado es la imposición, a los Estados, de una voluntad administrativa nacional. Los Estados, en realidad, no participan en la elaboración de los programas a coordinarse, sino que bien es sabido cómo les son impuestos a los Gobernadores y a las Asambleas Legislativas.

Todo este panorama centralizador, política y administrativamente hablando, desarrollado bajo el marco del texto constitucional de 1961, como resultado, ha provocado en estos últimos veinte años, la asfixia del interior del país. Insistimos, la administración regional no existe, lo que hay son tentáculos racionales que penetran con ineficiencia en los Estados, y la política estatal, si bien existe, no tiene materia ni sustancia sobre la cual actuar y moldear.

La Administración Nacional, así, se ha convertido en una administración paternalista en relación a las entidades regionales y locales, que progresivamente han pasado a depender de aquella, incluso, financieramente, constituyendo, además, el nivel municipal, un ámbito inadecuado para la descentralización, porque ni se configura territorialmente como la unidad primaria para la participación, ni tiene el nivel racional para la correcta administración.

Por ello, uno de los retos planteados a nuestra Administración Pública contemporánea, es el de la descentralización, con el objeto de hacer participar, en los procesos políticos y administrativos de nuestros países, a las regiones y comunidades. Tenemos que revitalizar los niveles federales autónomos o crear regiones autónomas, y *sólo así podremos* rehacer, en *el interior*, a nuestro país; y tenemos que rehacer el Municipio, hoy perdido en la ineficiencia.

3. La concentración de la Administración Pública

Pero además de la centralización, otra de las características de nuestro sistema administrativo es el de la excesiva concentración administrativa en los niveles superiores del Poder Ejecutivo.

Desde el punto de vista político, una de las características de nuestro sistema de gobierno, es el presidencialismo; y éste, administrativamente hablando, ha provocado una excesiva concentración de las decisiones político-administrativas en la Presidencia de la República.

El Presidente de la República, en nuestro país, tradicionalmente, sea en los regímenes de facto dictatoriales, al asumir todos los poderes públicos, sea en nuestro régimen de derecho, al maximizarse el presidencialismo, ha concentrado el poder de decisión en materialmente todos los asuntos del Estado. El Presidente, así, no sólo es el Jefe del Estado y del Gobierno, sino que en muchos casos ha sido, además, y a la vez, Ministro, Presidente de Instituto Autónomo, Gobernador del Estado, Prefecto de Distrito y Jefe Civil de poblaciones. El Presidente, muchas veces, todo lo decide.

Así, paralelo al centralismo a nivel nacional, se ha producido una concentración administrativa en la Presidencia que paraliza y entorpece el funcionamiento de la Administración y el proceso de toma de decisiones, relegando, en algunos casos, a los Ministros a posiciones subalternas o secretariales.

En una Administración que cada vez más se torna compleja y omnipresente, es indudable que otro de los retos planteados, es el de la desconcentración administrativa, de manera que los Ministros asuman plenamente el Gobierno de los diversos sectores administrativos, y se traslade, además, el poder de decisión de los asuntos nacionales que conciernen a regiones u ámbitos locales, a las unidades descentralizadas de la Administración Nacional en dichos ámbitos regionales o locales o mejor a los Gobernadores del Estado, pues para eso es que deben ser agentes del Poder Nacional.

Se impone, por tanto, la realización de un amplio proceso de delegación de atribuciones y de desconcentración administrativa, con el objeto de hacer presente a la Administración Pública, en todos los sectores y en todos los niveles territoriales.

4. El debilitamiento de la Administración Municipal

Otra consecuencia administrativa del centralismo político ha sido el debilitamiento progresivo de las instituciones administrativas municipales. El centralismo administrativo y la concentración del poder en el Poder Ejecutivo Nacional han hecho perder al Municipio su rol de unidad política primaria y autónoma en la organización de las instituciones del país.

Nuestro país fue, ciertamente, independizado por la acción de sus Municipios, y durante buena parte del siglo pasado, tuvo una intensa vida municipal. Ello, sin embargo, quedó en la historia. No sólo el Municipio perdió autonomía política, sino que progresivamente le fueron arrebatando competencias en materias antaño propias de la vida local, que se nacionalizaron en virtud del proceso de centralización.

Así, nuestras Administraciones Municipales son, en la actualidad, los ejemplos más característicos de administraciones inservibles, variadas de competencia, de carácter ineficiente, y dominadas por partidos políticos o grupos con solas apertencias burocráticas. Y ello no fue cambiado por la Ley Orgánica de Régimen Municipal. No sólo ésta consolidó la deficiente situación municipal existente en 1970, sino que no tenemos reservas en calificarla como una Ley centralizante, atentatoria, inclusive contra la autonomía municipal en materia de servicios públicos, pues materialmente los nacionaliza todos.

No olvidemos que la Ley Orgánica de Régimen Municipal, luego de enumerar los servicios públicos municipales (art. 7), establece que esos serán ejercidos «por los Municipios en los términos que establezca la legislación nacional» con lo cual está diciendo que sólo en esos términos es que pueden ejercerse aquellas competencias, por lo que si no han sido establecidos, en principio, no podrían ejercerse por los Municipios, y cuando lo sean o hayan sido, sólo pueden ejercerse en los términos que se establezcan en esas leyes nacionales. Se trata, por tanto, de una norma evidentemente centralista que hará todavía más difícil el ejercicio de las competencias municipales. Sin duda, esa norma es inconstitucional, pues colide con el artículo 30 del texto fundamental que prescribe que son de la competencia municipal algunas de dichas actividades, las cuales, conforme al artículo 29 del mismo texto, son de libre ejercicio por los Municipios, derivado de la autonomía municipal.

Pero además, el mismo artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en cuanto a los servicios públicos municipales, establece otra limitación tan amplia y centralizante, que la hace de dudosa constitucionalidad, al prescribir que en ciertos

casos esos servicios que se declaran municipales, dejan de serlo y adquieren carácter nacional, si tienen instalaciones ubicadas en más de un Municipio o si es prestado a más de un Municipio, por un mismo organismo, entidad o empresa, públicos o privados. Esta norma, en efecto, hace que materialmente sea difícil que un servicio público tenga carácter municipal, pues en el mundo contemporáneo resulta difícil encontrar un servicio de carácter estrictamente local, que sólo se preste en la entidad territorial correspondiente, sin relación alguna con otro Municipio.

La Ley Orgánica, por tanto, en lugar de haber mejorado el poder local lo ha debilitado aún más y ha centralizado al Estado.

Por ello, la reforma política en nuestro país tiene que abarcar también al Municipio, para hacerlo, no sólo una institución administrativamente eficiente, sino el centro de la vida y participación democrática de nuestro país, acercándolo al ciudadano.

IV. LA CRISIS INSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS DE LA FEDERACIÓN

Pero todos estos efectos del centralismo ha provocado una crisis institucional en **nuestra forma de Estado. Esta, como hemos dicho, es la federal, pero a la vez es un** esquema centralizado donde los Estados de la Federación y sus Municipios no juegan ningún papel. La crisis de la Federación, por tanto, ha provocado una crisis en nuestros Estados que se manifiesta en tres aspectos: crisis de representatividad, crisis de participación y crisis de autonomía.

1. *La crisis de representatividad*

Puede decirse, en general, que nuestro «régimen representativo» actual, se caracteriza por haber sufrido una progresiva ausencia precisamente de representatividad política. Esto afecta a las Cámaras Legislativas nacionales y a los Concejos Municipales y, por supuesto, al órgano representativo regional. Las Asambleas Legislativas, no han representado realmente a las comunidades que las han elegido y sobre las cuales ejercen su autoridad, y, a lo sumo, representan a los partidos políticos que han postulado a los diputados.

Esta falta de representatividad de la comunidad por las autoridades estatales electas, tiene su causa en diversos elementos, y principalmente en la excesiva amplitud de los ámbitos territoriales para la elección, por listas bloqueadas, de los Diputados a las Asambleas Legislativas. Lo mismo puede decirse respecto de la elección de los Parlamentarios Nacionales y de los actuales Concejales.

Los Diputados a las Asambleas Legislativas, así en número que varía entre 11 y 23 según la población del Estado, se eligen por listas bloqueadas y únicas para una elección global por toda la circunscripción electoral del Estado respectivo, realizándose la adjudicación de los puestos por cociente, mediante la aplicación del principio **de la representación proporcional. Este sistema de elección es el que ha estado vigente** durante todo el período democrático y se caracteriza por la elección, en bloque, de todos los Diputados a las Asambleas Legislativas de los Estados; y de todos los Diputados al Congreso por cada Estado.

Esta forma de elección ha alejado, sin duda, al Diputado del elector ciudadano y de la comunidad. El elector vota por una larga lista de Diputados y sus Suplentes,

configurándose, en cada caso, listas de varias decenas de candidatos, que no representan, efectivamente, a las comunidades que los eligen.

La aplicación de este sistema en las elecciones estatales ha provocado una distorsión del sufragio directo, pues la selección para diputados a las Asambleas Legislativas, la realizan, realmente, los comités directivos de los partidos, negándose al elector toda la posibilidad real de selección directa; ha provocado una falta de coincidencia entre la circunscripción electoral formal y el interés electoral de la comunidad; y ha provocado, también, que el cuerpo electo sea más una asamblea de representantes de los partidos políticos que de legisladores locales representantes de la comunidad.

Frente a esta forma de elección, hemos planteado repetidamente la necesidad de que se sustituya esta elección por listas bloqueadas en amplias circunscripciones electorales, por otro sistema de elección que acerque más a los elegidos, a los electores, separándolas de las elecciones presidenciales. En este sentido, en 1969, cuando elaboramos el proyecto de Ley Orgánica del Sufragio que el Consejo Supremo Electoral presentó a consideración del Congreso, propusimos la elección de los Diputados a las Asambleas Legislativas, a través de la elección directa de dos diputados en cada uno de los Distritos del Estado, y no como ha sucedido hasta la actualidad, una elección en bloque, de todos los diputados, por todo el Estado. Esta reforma lamentablemente no fue acogida en su oportunidad y pienso que ya es hora de replantearla, a cuyo efecto, el proyecto de Enmienda Constitucional N° 2 establece una pauta política. En todo caso, una elección de Diputados a las Asambleas en esa forma obligaría a los partidos políticos a tener más cuidado en seleccionar los candidatos, pues tendrán que escoger a personajes realmente vinculados con la comunidad.

2. La crisis de la participación política

Pero la democracia estatal no solamente se ha caracterizado por la crisis de representación política, sino, también, por una crisis de participación política del ciudadano en el poder político. El gobierno local no sólo no ha sido conducido *por* el pueblo, por la falta de representatividad, sino que tampoco ha sido *del* pueblo por la falta de participación política, y mucho menos ha sido un gobierno hecho *con* el pueblo, por falta de organización social del mismo para asegurar su participación. Por ello, la primera manifestación de la crisis de participación está en su ausencia, por parte de las entidades intermedias, en los órganos representativos estatales.

No hay duda de que una de las exigencias de la participación política, es decir, de la democracia participativa, es la necesaria organización social del pueblo para la estructuración de sociedades intermedias entre el aparato del Estado en sus diversos niveles y el ciudadano, con el objeto de, a través de ellas, asegurar la participación de la población en los procesos políticos y administrativos.

La propia Constitución de 1961 ya ha dado la pauta en este campo y puede decirse que tanto la participación como la solidaridad social tienen un claro fundamento en el texto fundamental.

Pero frente a esto, puede admitirse que el sistema político venezolano se ha caracterizado por la ausencia de participación de sociedades intermedias, excepción hecha de los partidos políticos, en los procesos políticos locales y particularmente en las Asambleas Legislativas y en los Consejos Municipales.

En el campo de los Estados, la ausencia de participación en las Asambleas Legislativas ha sido notoria y sistemática y fue precisamente por ello que una de las reformas fundamentales que se hicieron en los textos constitucionales de los Estados Yaracuy y Aragua, fue el establecimiento de mecanismos de participación directa en las Asambleas de dichos Estados.

En todo caso tenemos que convenir en que la composición de las Asambleas Legislativas, en general, actualmente resulta poco representativa de las comunidades territoriales, por una parte, por la forma en la que se realiza la elección y por otra parte, porque en ellas no tienen representación sino los partidos políticos, no teniendo participación en las deliberaciones del órgano regional los grupos de intereses de la comunidad agrupados en sociedades intermedias.

3. *La crisis de autonomía*

Pero además de la crisis de la participación y representación política, las entidades políticas territoriales del país sufren una crisis de autonomía. Los Estados, constitucionalmente hablando, son autónomos, pero esa autonomía se ha venido convirtiendo, progresivamente, como hemos dicho, en una autonomía inútil y vacía, pues no hay reales competencias sobre las cuales las Asambleas Legislativas y los Gobernadores, puedan ejercerla.

Por eso, esta crisis de autonomía es básicamente, una crisis de descentralización, por el excesivo centralismo nacional.

Los Estados, en las reformas constitucionales del presente siglo, fueron progresivamente vaciados de contenido, y a menos que en ellos se realicen reformas profundas que cambien tanto su carácter dependiente, como el paternalismo nacional, como hemos dicho, están condenados a desaparecer. La descentralización administrativa de competencia hacia los Estados que autoriza la Constitución es un imperativo planteado en la reforma del Estado Venezolano, y el reto más importante que tiene planteado hacia el futuro, si queremos realmente hacer un país equilibradamente desarrollado y si queremos detener la macrocefalia del centro. Y sólo descentralizando es que podremos realmente promover la participación a nivel estatal.

V. EL NUEVO FEDERALISMO: LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICO-ADMINISTRATIVA PARA PERFECCIONAR LA DEMOCRACIA

Estimamos, por tanto, que estabilizado el Estado Nacional como resultado de la aplicación de la Constitución de 1961 durante las últimas dos décadas, ha llegado el momento de confiar más en el conjunto de regiones y Estados del país, para la atención de sus propios asuntos, transfiriéndoles competencias y poderes, para lo cual debe descentralizarse, política y administrativamente hablando, el Estado Venezolano. En esta descentralización necesaria es donde se sitúa el nuevo Federalismo, que debe desarrollarse en el país, y que hemos venido propugnando en los últimos años.

1. *Un fenómeno universal: La descentralización*

En efecto, hablar de descentralización política es hablar de un movimiento contemporáneo que ha tocado a casi todos los Estados del globo. El Estado Nacional, con su centralismo político y su Administración napoleónica que se

consolidó en todos los Estados o Federales durante el siglo pasado, está en crisis, y está abriendo paso a un nuevo tipo de Estado descentralizado, que comienza a adoptar los más variados nombres (Estado Regional, Estado de Autonomías o Nuevo Federalismo). Ciertamente, la Federación no es precisamente una fórmula nueva de descentralización, pero lo cierto es que si ella existe, así sea en el papel, como en Venezuela, no tiene sentido buscar otras formas de descentralización política autonómica, que comienzan a evidenciarse como nuevas formas de federalismo o regionalismo. Por ello, insistimos en partir de la fórmula federal para propugnar la descentralización político- administrativa del Estado, para lo cual, la Federación debe revitalizarse.

Esta revitalización, por supuesto, puede comenzar dentro de los limitados marcos de la Constitución vigente, a nivel de los propios Estados, dada la inacción y oposición en ciertos casos, de ciertos niveles nacionales a quienes les aterra perder algo de su órbita de poder, transfiriéndolo a las entidades estatales. Allí está el ejemplo de las reformas constitucionales de los últimos tres años de los Estados Yaracuy y Aragua, los cuales han iniciado un proceso difícil, pero esperanzador, por reforzar las estructuras estatales, contando a veces con la lamentable oposición abierta o subterránea del poder central.

2. La necesaria Enmienda de la Constitución

Pero una efectiva descentralización política administrativa del Estado Venezolano, sin duda, requeriría de una modificación constitucional que reformulara el esquema de nuestra forma de Estado y estableciera un verdadero Estado descentralizado, tomando como base la Federación.

Esta modificación constitucional debería hacer de los Estados, sea que éstos conserven en el futuro el actual ámbito territorial que tienen o éste sea modificado, auténticas entidades políticas autónomas, para lo cual una verdadera Enmienda Constitucional tendría que reformular, íntegramente el sistema de distribución de competencias que los artículos 17, 30 y 136 de la Constitución actualmente atribuyen a los niveles estatales, municipales y nacionales, respectivamente. Da lástima que se haya invertido esfuerzo político en enmendar la Constitución, como ha sucedido con el Proyecto de Enmienda N.º 2, actualmente en estudio por las Asambleas Legislativas, en reformas no sustanciales, sin tocar los puntos medulares de reforma que el Estado Venezolano requiere.

En todo caso, la autonomía política, tributaria, financiera y administrativa de los entes territoriales, en cualquier sistema de descentralización político-territorial, está directamente relacionada con el sistema de distribución de competencias que se establezca. La autonomía será inútil e inocua, como en el caso de Venezuela, si no se tiene materia sobre la cual ejercerla: ¿de qué sirve que los Estados tengan autonomía tributaria, si todas las materias imponibles las ha reservado la Constitución al Poder Nacional o al ámbito local? ¿De qué sirve que los Estados tengan una autonomía financiera y administrativa, si el crédito público y la inversión del situado constitucional, dependen de lo que disponga, centralizadamente el Poder Nacional? En fin, ¿para qué sirve la autonomía política, si el órgano ejecutivo de los Estados no puede elegirse por la comunidad regional, y si bien los Diputados a las Asambleas Legislativas son electos, éstos, en su actividad, no tienen, realmente, nada útil que hacer, por la ausencia de competencias estatales y el corto período de sus sesiones?.

Frente a este panorama desolador, la Constitución debe ser urgentemente modificada, y por supuesto, como hemos dicho, sólo dos vías están abiertas para enmendar la estructura organizativa del Estado: terminar de centralizar el Estado, política y administrativamente, eliminando los ribetes federales del Estado Unitario, haciendo desaparecer las Asambleas Legislativas y los Estados mismos, y previendo simplemente demarcaciones administrativas al Estado central, para su eventual descentralización, lo que propugnan muchos; o, en la otra vía, establecer un auténtico sistema de descentralización político-administrativa territorial del Estado, aprovechando la estructura federal que nos pertenece por tradición, para construir el Estado por dentro, revitalizando la política y la administración regional, y perfeccionando la democracia al acercar el poder político al ciudadano.

Transcurridos veinte años de vigencia de la Constitución, ya no es posible soslayar la discusión sobre centralismo o descentralización, pues la mezcla constitucional está conduciendo al inmovilismo y a la ineficiencia total en el interior del país. Una Enmienda constitucional debe, sin duda, ser discutida, y esa, antes que cualquier otra, es la planteada para descentralizar al Estado, sobre la base de una auténtica representatividad política a nivel de las entidades político-territoriales.

VI. CONCLUSIÓN

En definitiva, estimamos que en la descentralización política y administrativa del Estado Venezolano, está la clave del funcionamiento adecuado de nuestras instituciones en el futuro, para que sirvan de auténticos instrumentos de desarrollo no sólo económico-social, sino político y administrativo.

Esta vía, entendemos, es la que el país precisa y la que debemos forzar sacando fuerzas políticas de donde no existen, pues la descentralización, como alternativa de reestructuración del Estado, no constituye una vía fácil. No sólo exige una gran capacidad de decisión política, sino una labor de investigación y estudio, de la más grande envergadura, muy lejos de toda improvisación. En todo caso la reforma del sistema político venezolano en base a la descentralización política, estoy convencido que será uno de los temas centrales del debate político en los próximos meses y en la campaña electoral que se avecina.

En todo caso, debe tenerse presente que un proceso descentralizador requiere transformar casi totalmente una vetusta legislación producida hace muchos años por Asambleas Legislativas, e impone dotar a los Estados de nuevas competencias sustanciales que le den real sentido a su autonomía. Pero esta tarea no se podrá realizar sin el esfuerzo decidido de los propios Estados, y sin la búsqueda de soluciones por los sectores representativos de los propios Estados. Pero además, por supuesto, sólo se podrá realizar si a nivel nacional, los partidos políticos, al Congreso y al Poder Ejecutivo deciden iniciar esta revolución política, tan necesaria para el perfeccionamiento de la democracia.

Pienso que sólo reforzando y revitalizando las estructuras políticas y administrativas de los Estados, se podrá, realmente, descentralizar este país. Venezuela, lo hemos dicho en otra oportunidad, tiene que correr el riesgo de la descentralización, para que pueda producirse un efectivo desarrollo por dentro del país. Pero para que descentralicemos políticamente al Estado nacional tenemos que estructurar las instituciones políticas y administrativas que sirvan de recipiendarias de los efectos descentralizados, es decir, debemos responder a la pregunta de hacia

dónde vamos a descentralizar. Estoy convencido de que son precisamente los viejos Estados de nuestra Federación las instituciones políticas y administrativas que deben servir de destinatarias de los esfuerzos de descentralización política. Por ello, pienso, hay que reforzarlos, pues sólo con estructuras político-territoriales fuertemente descentralizadas, es que, paralelamente, insisto, podemos buscar el perfeccionamiento de nuestra democracia.

§ 4. STANDING TO RISE CONSTITUCIONAL ISSUES IN VENEZUELA

National Report for the *XVI International Congress of Comparative Law*, International Academy of Comparative Law, Brisbane, Australia, Julio 2002*

INTRODUCTION

In order to analyze the legal capacity to litigate before the “Constitutional Jurisdiction” or to litigate constitutional issues regarding statutes in judicial proceedings, it is essential to identify the system of judicial review of constitutionality that exists in a country.

For that purpose, it is always useful to follow the classical distinction of judicial review systems in comparative constitutional law proposed a few decades ago by Mauro Cappelletti¹, who distinguished between the diffuse (North American model) and the concentrated (European model) method of judicial review. Based on that dichotomy, the matter of standing to raise constitutional questions has to be

* Published in Richard S. Kay (Ed), *Standing to raise constitutional issues: comparative perspectives*, XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Académie Internationale de Droit Comparé, Brisbane 2002, Bruylant, Bruxelles 2005, pp. 67-92.

¹ See Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971; “El control de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, N° 61, México 1966.

determined according to the particular characteristics of the judicial review systems².

Those standing rules turn out to be more complicated and varied when the system of judicial review does not respond to just one of those two classical methods, but to a mixture, combination or overlapping of the same. It is the case of many Latin American countries, which have developed a mixed or comprehensive system of judicial review³, as is the case of Venezuela, where the two methods of judicial review have been combined since the nineteenth century.

On one hand, there is the diffuse method of judicial review of constitutionality. According to this model all judges have the power to decide not to apply a statute when it is considered to be against the Constitution. They thus apply the Constitution in preference to the statute to decide the specific case subjected to their judgment. This is a power that they are entitled to exercise *ex officio*.

On the other hand, since 1858, Venezuela has developed the concentrated method of judicial review of constitutionality of statutes and other normative acts. The Supreme Tribunal of Justice (since 2000, its Constitutional Chamber), possesses the power to declare null and void statutes and normative acts of similar status contrary to the Constitution. This power is exercised by the Supreme Tribunal when a constitutional issue regarding statutes is raised through popular actions of unconstitutionality⁴.

Moreover, other methods of judicial review have been developed in Venezuela. For example, there are specific actions for the protection of human rights and constitutional guaranties, (*amparo*, *habeas corpus* and *habeas data*). In addition judges in charge of judicial review of administrative action may decide upon the unconstitutionality of administrative acts, including executive by-laws.

Therefore, in Venezuela it can be said that the rules related to standing in cases of judicial review of the constitutionality of statutes and other normative state acts are not uniform, and they vary according to the different methods of judicial review⁵.

2 See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

3 See Allan R. Brewer-Carías, “La jurisdicción constitucional en América Latina”, in Domingo García Belaúnde and Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ed. Dickinson, Madrid 1997, pp. 117-161.

4 See Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Bogota 1995; Manuel Gaona Cruz, “El control de la constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia ante el Derecho Comparado”, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VII 1984-1985, *Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1986, pp. 39-114.

5 See in general Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

I. GENERAL PRINCIPLES OF THE VENEZUELAN SYSTEM OF JUDICIAL REVIEW

Article 7 of the Constitution of 1999⁶ declares, *expressis verbis*, that its text is “the supreme rule and the ground of the entire body of laws.” Therefore, in order to guarantee that supremacy and the full effectiveness of the Constitution, it has established a thorough system of judicial review of statutes and other state acts, by giving all judges the obligation “of guaranteeing the integrity of the Constitution.” (Art. 334)⁷. Consequently, in Venezuela, judicial review, as the judicial power to safeguard the integrity and supremacy of the Constitution, is exercised by *all judges*, not only by the Supreme Tribunal of Justice⁸.

All of the chambers of the Supreme Tribunal of Justice, also have express power to guarantee “the supremacy and effectiveness of the constitutional rules and principles”. Each of them is “the maximum and final interpreter of the Constitution” and each has to have regard for “its uniform interpretation and application” (art. 335). The forgoing powers are also granted to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice in order to exercise the concentrated method of judicial review (Arts. 266, par. 1º y 336). In this latter case, the Constitutional Chamber is entitled, in an exclusive way, to declare null and void *certain state acts* on the grounds of unconstitutionality - - in particular, statutes and other acts with the same status or issued in direct and immediate execution of the Constitution⁹.

Regarding this concentrated method of judicial review, it must be noted that the Constitutional Chamber does not have a monopoly of the concentrated judicial review of the constitutionality of all state acts, but only reviews *certain state acts* (statutes, and state acts with the same rank or issued in direct and immediate

6 The text of the Constitution of 30 December 1999 was initially published in *Gaceta Oficial* N° 36.860, dated 12-30-99. Subsequently, it was published, with corrections, in *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinary dated 03-24-00. See the comments we have made in Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

7 See the draft we proposed for this article in Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. II, (9 September – 17 October 1999), Fundación de Derecho Público- Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pags. 24 y 34.

8 See Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Contencioso-Administrativa*, Vol. VII of *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1997, pp. 26 ff.

9 Even though in Europe and in some Latin American countries, these powers are reserved to a Constitutional Tribunal or Court (many of them even organized outside the Judicial Power), in Venezuela, they have always been lodged in the Supreme Tribunal of Justice, now through the Constitutional Chamber. See Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Vol. VII of *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Caracas 1996, pp. 131 ff.

execution of the Constitution¹⁰.) That is why, for instance, the organs of the “Administrative Jurisdiction” (judicial review of administrative action) are entitled, pursuant to article 259 of the Constitution, to control the constitutionality of administrative acts, both normative (by-laws) and non-normative, which acts are always submitted to legislation.

As a result, the judicial review system in Venezuela allows the exercise of judicial review of the constitutionality of state acts through the following methods: 1) the diffuse method of judicial review of constitutionality of statutes and other normative acts; 2) the protection of constitutional rights through actions for protection (*amparo*); 3) the judicial review of administrative acts on the grounds of unconstitutionality through administrative actions of annulment; and 4) the concentrated method of judicial review of the constitutionality of certain state acts that is reserved to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice.¹¹

Accordingly, in the Constitution of 1999, all the principles of the mixed or comprehensive system of judicial review are gathered, which is a feature of the Venezuelan tradition¹². The standing rules, of course, are different in each case.

II. THE DIFFUSE METHOD OF JUDICIAL REVIEW

1. *Constitutional Provisions*

One specific way of exercising judicial review is within the authority every judge has to decide upon the constitutionality of statutes, through the so called diffuse method of judicial review that has existed since the nineteenth century¹³. It has been provided for since 1897 in article 20 of the Civil Procedure Code, which states that:

In case a statute in force, whose application is requested, conflicts with any constitutional provision, judges shall apply the latter with preference¹⁴.

10 See in general, Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit. p. 190; and Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, p. 19.

11 This has been summarized by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice in decision N° 194 dated 02-15-2001.

12 See Allan R. Brewer-Carías, “La justicia constitucional en la nueva Constitución” in *Revista de Derecho Constitucional* N° 1, Caracas Sep.-Dic. 1999, pp. 35-44; Allan R. Brewer-Carías, *El Sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

13 It was expressly established in the Civil Procedure Code of 1897. See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit. pp. 127 ff.; Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Vol. VI of *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., Caracas 1996, pp. 86 and ff.

14 The principle has also been established in a similar way in the Criminal Procedure Organic Code (Art. 19).

Based on our proposal¹⁵, the 1999 Constitution consolidated the diffuse method of judicial review of the constitutionality of statutes, following, for example, countries like Colombia, in 1910 (art. 4); Guatemala, in 1965 (art. 204); Bolivia, in 1994 (art. 228); Honduras, in 1982 (art. 315) and Peru, in 1993 (art. 138)¹⁶. It was placed in article 334, with the following wording:

In case of incompatibility between this Constitution and a statute or other legal provision, constitutional provisions shall be applied, in all courts in any case whatsoever, even at the Court's own initiative, in the pertinent decision.

In this way, the diffuse method of judicial review in Venezuela acquired constitutional ranking and can even be exercised *ex officio* by all courts¹⁷, including, of course, the different Chambers of the Supreme Tribunal.

2. *General Principles and Standing*

According to this constitutional provision, all judges at any level are entrusted with the power-duty to control the constitutionality of normative acts of the State by not applying to the specific case a provision they consider unconstitutional¹⁸. This power is based on the principle of constitutional supremacy, according to which unconstitutional acts are void and of no value. Therefore, all judges, when a specific case is brought before them, even at their own initiative, are entitled to decide upon the unconstitutionality of the statute they shall apply for the resolution of the case, as an incidental issue. The decision of the judge has only *inter partes* effects, in the specific case. The decision taken, therefore, has no declarative effects.¹⁹

Standing to raise a constitutional issue in a proceeding, belongs, in the first place, to the parties, based on the concrete interest they hold in the trial.

This procedural interest is, in general, the one set forth in the Civil Procedure Code, which requires that the plaintiff plead his own existing personal right or interest against a defendant (art. 340 CPC). Therefore, the plaintiff and the defendant are the parties entitled to raise constitutional issues in the proceeding. Third-parties are entitled to raise these issues as well, as long as they have an actual

15 See the draft we proposed for article 7 in Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. II, op. cit., pp. 24-34.

16 See Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. III Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 94-105.

17 This has been a feature of the Venezuelan system. See Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Vol. V of, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 101.

18 See the Supreme Court of Justice in Political-Administrative Chamber decision N° 1213 dated 05-30-2000 (Case *Carlos P. García P. vs. Cuerpo Técnico de la Policía Judicial*).

19 See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit., p. 127 and ff.

interest in supporting the reasons of one party, or, in other cases, are authorized by the Civil Procedure Code (art. 370).

3. *Standing in the Case of Collective or Diffuse Interests*

The Constitution of 1999 established the right to access judicial organs not only to enforce specific personal rights and interests, but also to enforce “collective or diffuse interests” (art. 26); the permissibility of actions raised on behalf of such interests was set forth in the Constitution.

The Constitutional Chamber has indicated that “with collective or diffuse rights or interests, the intention is not protecting social classes, but a number of individuals who can be considered as representing the entire or an important part of a society, who are affected in constitutional rights and guarantees meant to protect the public welfare by an attack on their quality of life”. In particular, the Chamber has said, *diffuse* interests represent injuries to the environment or to consumers, that “have expansive effects that harm large sectors of the country and even the world.” “Granting standing based on such interests responds to the undetermined obligation of protecting the environment or consumers”. That kind of damage affects everyone to a greater or lesser degree. It is different from damage suffered by various groups that can be determined as such, even if this damage is not quantifiable or individualized, as would be the case of the inhabitants of an area of the country affected by an illegal construction that creates problems with the public services in the area. These latter, more focused specific interests are the *collective* ones. They refer to a determined and identified sector of the population (even though not quantified), and there exists or might exist a legal bond uniting the members of the group. This is the case with damages to professional groups, to groups of neighbors, to labor unions, to the inhabitants of a determined area, etc. These focused interests differ from those that affect everyone without distinction, or wide categories of the population, even though the majority is not aware of the damage, since the *collective* culture is the one in charge of realizing it, and it might fail in doing so. The *diffuse* interests are the wider ones, where the damaged good is the most general good, since it concerns the entire population and, contrary to collective interests or rights - - they arise from an obligation of undetermined scope; while in the collective ones, the obligation may be concrete, yet owing to individual persons”²⁰.

Consequently, if there is a trial to enforce collective or diffuse interests, whoever acts on behalf of those interests at the beginning or is a party, may also raise the constitutional issue, so the judge may exercise diffuse judicial review. In these cases, as indicated by the Constitutional Chamber: “the plaintiff sues based not only on his personal right or interest, but also on a common or collective right or interest”, and the basis of the claim is “the general damage to the quality of life of all the inhabitants of the country or parts of it, since the legal situation of all the

20 See decision of the Constitutional Chamber N° 656 of 06-05-01 (Case: *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*).

members of the society or its groups has been damaged when their common quality of life was unprotected²¹.

4. *The Ex Officio Power of the Judges*

As we have also said, in the Venezuelan system, pursuant to the Constitution (art. 334), the judge himself, *ex officio* may raise the issue of the constitutionality of a statute determinative of the case. From this, it can be inferred that the judges have standing to raise constitutional issues in cases they are to decide. However, in those cases, the judge shall hear the parties on any issue of constitutionality they have raised before deciding, in order to guarantee the right to due process and to defense of the parties (art. 49,c).

5. *The Standing of the Public Prosecutor and the Defender of the People*

The Public Prosecutor, when it intervenes, in both civil (art.129 and ff. CCP) and criminal (art. 285, art. 105 Penal Procedural Organic Code) procedures, is entitled as well to raise constitutional issues to the ordinary judge so it will be decided in the specific case.

Additionally, the Constitution of 1999 has created a new organ of the State: the Defender of the People, with wide capacity to enforce respect for and guarantee of human rights and to protect the legitimate, collective and diffuse rights and interests of persons against illegal actions, power deviations and mistakes made in the managing of public services. It is entitled to sue and file for remedies. In those procedures, of course, the Defender of the People and the other parties are entitled to raise constitutional issues.

6. *The Extraordinary Power of Revision of the Constitutional Chamber*

With regard to the diffuse method of judicial review, it must be pointed out that until the 1999 Constitution became effective, it was a power exclusively exercised before the ordinary courts. The issue generally terminated in the two levels of adjudication that ruled the judicial procedure. However, it was also possible to bring cases before the Cassation Chambers of the Supreme Tribunal. In that case the prior judicial resolution of the issue of constitutionality might be reviewed by those Chambers (art. 312 and ff., Civil Procedure Code, CCP).

In the Constitution of 1999 a corrective was introduced to deal with the possible multiplicity of judicial decisions following from the diffuse method of judicial review. The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice was granted power to:

review final decisions issued by the courts of the Republic on constitutional protection (*amparo*) and on judicial review of statutes or legal rules, in the terms established by the respective organic law.” (art. 336,10 Constitution)

It must be said that, of course, this review is neither an appeal nor a general second or third procedural instance. It is an exceptional faculty of the Constitutional

21 Decision N° 1.048 of the Constitutional Chamber dated 02-17-00 (Case: *William Ojeda vs. Consejo Nacional Electoral*).

Chamber to exercise, upon its judgment and discretion. It provides an extraordinary remedy that may be applied to decisions of *last instance* in which constitutional issues are decided by judicial review or declared in *amparo* trials. In any case, it is a reviewing faculty which is not obligatory, and it may be exercised at the option of the Chamber²².

III. THE JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONALITY THROUGH THE ACTION OF *AMPARO* (ACTION FOR PROTECTION) OF CONSTITUTIONAL RIGHTS AND GUARANTEES

1. *Amparo as a Constitutional Right*

As with the previous Constitution of 1961, the Constitution of 1999, sets forth as the action for protection (*amparo*) as a *constitutional right*²³. Consequently, it is an obligation of all courts to protect, within the scope of their jurisdictions, persons in the exercise of their constitutional rights and guarantees.

To that end article 27 of the Constitution of 1999 provided:

Every individual *is entitled* to be protected by the courts in the enjoyment and exercise of rights, even those which derive from the nature of man and are not expressly set forth in this Constitution or in international treaties on human rights.

2. *Judicial Attributions and the Simplified Procedure*

Now, in the case of the action of *amparo*, the Constitution additionally expressly establishes that the procedure shall be oral, public, brief, and free and without any formality. The judge is entitled immediately to restore the former legal situation or a similar situation. Therefore, every single day, will be a working day, and the court will issue such decisions in preference to others.

Consequently, as per the Organic Law on *Amparo* of Constitutional Rights and Guarantees of 1988²⁴, courts of common appeals, which are the competent courts for these actions, act as constitutional judges.

3. *Standing in the Action of Amparo: the Personal Character*

In any case, an outstanding feature of the Venezuelan constitutional system, is the breadth of the action of *amparo*. A liberal interpretation was thought necessary

22 In a certain way, the remedy is similar to the *writ of certiorari* of the North American system. See Allan R. Brewer-Cariás, *Judicial Review in Comparative Law*, *op.cit.* p.141; See the comments of Jesús María Casal, *Constitución y Justicia Constitucional*, Caracas 2000, p. 92

23 See Allan R. Brewer-Cariás, *El Derecho y la Acción de Amparo*, Vol. V of *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1998, pp. 19 ff.

24 See *Gaceta Oficial* No.33.891 dated 01-22-88. See in general Allan R. Brewer-Cariás and Carlos M. Ayala Corao, *La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Caracas 1988.

to assure legal means whereby any individual, affected in his constitutional rights, could claim immediate legal protection.

Standing to raise the action of *amparo* belongs to every individual whose constitutional rights and guarantees are affected.²⁵ Such rights include even those not listed expressly in the Constitution or in international treaties on human rights ratified by the Republic but believed to be inherent in human beings. In Venezuela, human rights treaties rank at the same level as the Constitution, and they even prevail in the internal order as long as they establish rules on the enjoyment and exercise rights more favorable than those established in the Constitution and laws (art. 23, Constitution).

Court decisions have been constant in granting the action of *amparo* a personal character. Therefore, standing belongs firstly to “the individual directly affected by the infringement of constitutional rights and guarantees.”²⁶

In Venezuela, actions of *amparo* are instituted against state organs, against corporations and even against individuals, because of the infringement or threat of violation of the constitutional rights and guarantees.

4. *Standing in Cases of Diffuse or Collective Constitutional Rights*

Moreover, by virtue of the constitutional acknowledgment of the legal protection of diffuse or collective interests, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal has also admitted the possibility of employing the action of *amparo* to assure collective interests. These include, for example, that of voters in their political rights. The Chamber has also allowed precautionary measures with *erga omnes* effects “for both individuals and corporations who have instituted an action for constitutional protection, and to all voters as a group.”²⁷

The Constitutional Chamber, similarly, has decided that “any individual, is entitled to bring suit based on diffuse or collective interests” and has extended “standing to companies, corporations, foundations, chambers, unions and other collective entities, whose object is the defense of society, as long as they act within

25 Individual, political, social, cultural, educative, economic, Indian and environmental rights and their guarantees are listed in arts. 19-129, Constitution. In Venezuela, there exists no limitation established in other countries (e.g. Germany, and Spain, which reduces the action of *amparo* to protect just “fundamental rights”. See Allan R. Brewer-Carías, *El Amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993.

26 See for example, decision of the Constitutional Chamber dated 03-15-2000, *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 81, 2000, pp. 322-323.

27 Decision of the Constitutional Chamber N° 483 of 05-29-2000 (Case: “*Queremos Elegir*” y otros), *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 82, 2000, EJV, pp 489-491. In the same sense, decision of the same Chamber N° 714 of 13-07-2000 (Case: *APRUM*).

the boundaries of their corporate objects, aimed at protecting the interests of their members regarding those objects”²⁸.

5. *Standing of the Defender of the People*

In addition, the Defender of the People has the authority to promote, defend and guard constitutional rights and guarantees “as well as the legitimate, collective or diffuse interests of the citizens.” (art. 280 and 281,2C). The Constitutional Chamber has admitted the standing of the Defender of the People to bring to suit in an action of *amparo* on behalf of the citizens as a whole. In one case he acted against a threat by the National Legislative Commission to appoint Electoral National Council members without fulfilling constitutional requirements.

In that case, the Constitutional Chamber, decided that “the Defender has standing to bring actions aimed at enforcing diffuse and collective rights or interests” without requiring the acquiescence of the society on whose behalf he acts, but this provision does not exclude or prevent citizens’ access to the judicial system in defense of diffuse and collective rights and interests, since article 26 of the Constitution in force provides access to the judicial system to every person, whereby individuals are entitled to bring suit as well, unless a law denies them that action.”²⁹

6. *Extraordinary Power of Review: The Constitutional Chambers*

In order to secure uniformity of application and interpretation of the Constitution, article 336 of the Constitution also grants the Constitutional Chamber, the right, by way of *amparo*, to review definitive and final decisions issued by the courts.. The same principles that can be raised against decisions of ordinary courts in which the diffuse method of judicial review of a law had been exercised, are applicable to this extraordinary remedy. The exercise of this review is at the discretion of the Chamber.

7. *The Action of Habeas Data*

Note, finally, that the Constitution of 1999, expressly incorporated the action of *habeas data*, originated in Brazil and followed by Colombia and many other Latin American countries. It is set forth in article 28, as follows:

Every person has the right of access to information and data about himself or his goods filed in official or private records, with exceptions established by law, as well as to know the use of them and their purpose, and to request a competent court to make them up-to-date, to rectify them or destroy them, if they were erroneous or they affect in an illegitimate way his rights. In the same way, he may have access to documents of any kind containing information whose knowledge is interesting to communities or groups of individuals. The secrets of journalistic sources of information and other professions are excepted as determined by law.

28 See decision of the Constitutional Chamber N° 656 of 06-05-2001 (Case: *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*).

29 Decision of the Constitutional Chamber N°656 of 06-05-2001, (Case: *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*).

As to this constitutional action, the Constitutional Chamber pointed out that it is not properly an action of *amparo*, indicating, however, that “the individual, personally or in his goods, involved” is entitled to bring the action of *habeas data*.³⁰

IV. JUDICIAL REVIEW OF THE CONSTITUTIONALITY OF BY-LAWS AND ADMINISTRATIVE ACTS CARRIED OUT BY THE “ADMINISTRATIVE JURISDICTION”

1. *The “Administrative Jurisdiction” as Constitutional Judge*

Article 259 of the Constitution sets forth the “Administrative Jurisdiction” (special judges for judicial review of administrative action), with powers to annul general or individual administrative acts contrary to law, or in excess of authority; to order the payment of money and compensation for damages caused by the Administration, to decide claims for fulfillment of public services and to arrange what is necessary to restore the legal situation impaired by the activity of the Administration.

Therefore, pursuant to this rule and to the Constitution of 1999, judicial review of constitutionality is also vested in the courts of the “Administrative Jurisdiction”, when exercising their power of annulment of administrative acts, including by laws contrary to law on the grounds of unconstitutionality³¹.

2. *Standing Rules: Simple or Legitimate Interest*

The standing to challenge administrative acts in judicial administrative review proceedings on the grounds of unconstitutionality and its illegality varies depending on whether the case is about by-laws (or, more generally, about normative administrative acts) or administrative acts with particular effects.

Since the nineteenth century an action to invalidate by laws and other normative administrative acts in the Venezuelan administrative judicial review system, has been understood as having the character of a popular action. It may be brought by any citizen. Consequently, it is enough for any citizen with a simple interest in legality or constitutionality, to raise the nullity action³². A simple interest, is defined “as the general right granted by law to every citizen to access the competent courts to raise this nullity of an unconstitutional or illegal administrative general act”³³.

30 Decision N° 332 of the Constitutional Chamber dated 03-14-2001 (Case: *Insaca vs. Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*).

31 See Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Contencioso-Administrativa*, Vol VII of *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. VII, *op. cit.*, pp. 26 ff.

32 *Idem*, pp. 74 ff. See, for example, decision of the Supreme Court of Justice in Political-Administrative Chamber, dated 11-24-99 (Case: *Comité Interproffesional du vin de Champagne*).

33 See decision of the First Administrative Court dated 03-22-00, case: *Banco de Venezolano de Crédito v. Superintendencia de Bancos*, *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 81, Caracas 2000, pp. 452-453

However, as to the administrative acts with particular effects, standing to challenge them before the courts of the Administrative Jurisdiction legally belongs only to those who have a “personal, legitimate and direct interest” in the annulment of the act; that is to say, to those personally and directly damaged in their legitimate rights and interests. Even though the Supreme Tribunal of Justice, interpreting the 1999 Constitution (Art. 26, Access to Justice), decided that “it is enough to allege a legitimate interest, but not that it be personal or direct”³⁴; the recent 2004 Organic Law on the Supreme Tribunal of Justice has insisted on a standing rule of “personal, legitimate and direct interest” (Art 20)³⁵.

On the other hand, in administrative matters, even before the new Constitution became effective in 1999, the possibility of protecting collective interests was recognized, in particular against city-planning acts.³⁶ In any case with the same features discussed on the protection of collective or diffuse interests, the standing of citizens to claim annulment of administrative action, appears admissible even against administrative acts of particular effects if, besides harming the plaintiff, they also harm a collective or diffuse right.³⁷

Moreover, decisions annulling administrative acts, both normative and of particular effects, have *erga omnes* effects³⁸. Any difference depends on whether the action has been raised on behalf a particular right or a collective or diffuse right.

V. THE CONCENTRATED METHOD OF JUDICIAL REVIEW OF THE CONSTITUTIONALITY OF STATUTES

1. *The Constitutional Jurisdiction of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal*

The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice has been established as the Constitutional Jurisdiction, with power to exercise judicial review of statutes, and to invalidate them on the grounds of unconstitutionality³⁹. Pursuant to articles 266,1; 334 and 336 of the Constitution, the Constitutional Chamber has competence in the following matters:

34 See decision of the Supreme Court of Justice in Political-Administrative Chamber of 04-13-00 (Case: *Banco Fivenez vs. Junta de Emergencia Financiera*), *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 82, Caracas, 2000, pp.582-583.

35 See Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

36 See Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Contencioso-Administrativa*, Vol. VII of *Instituciones Políticas y Constitucionales*, *op. cit.* pp. 130 ff.

37 *Idem*

38 *Idem*

39 Arts. 266,1; 334 and 336 of the Constitution.

In the *first place*, in keeping with a tradition that dates from 1858⁴⁰, the Constitution of 1999 specified the concentrated method of judicial review of statutes, vesting that power in the Supreme Tribunal of Justice. Pursuant to article 334 of the Constitution, the Constitutional Chamber has the authority to:

declare the nullity of statutes and other acts of organs exercising public power issued in direct and immediate execution of the Constitution or being ranked equal to a law. [This power belongs] exclusively to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice.

Precisely, as per this rule, and under article 336, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, as a Constitutional Jurisdiction, when called on in a *popular action*, (according to Venezuelan tradition⁴¹), has the following powers of concentrated judicial review:

1. Declaring the total or partial nullity of national statutes and other acts of rank equal to laws.

2. Declaring the total or partial nullity of *state Constitutions and statutes, of municipal ordinances*, and other acts of the deliberative bodies of States and Municipalities issued in *direct and immediate execution* of the Constitution and in conflict with it.

3. Declaring the total or partial nullity of *acts with rank equal to statutes* issued by the National Executive in conflict with this Constitution.

4. Declaring the total or partial nullity of *acts adopted in direct and immediate execution* of the Constitution, issued by any other state organ exercising Public Power.

As can be deduced from these attributes, the Constitutional Chamber is not granted concentrated control of the constitutionality *of all state acts*, but just as to *certain specific state acts*: those issued by the organs of the State called statutes, or ranked equally to a statute or issued in direct and immediate execution of the Constitution. Article 35 states:

The interpretations made by the Constitutional Chamber on the content or the scope of the constitutional rules are binding on the other chambers of the Supreme Tribunal and other courts of the Republic.

2. The Popular Action

The most important feature of the Venezuelan system of concentrated judicial review of statutes and other state acts equal to statutes or issued in direct execution of the Constitution, exercised by the Constitutional Chamber as Constitutional Jurisdiction, is that the standing to raise the actions belongs to any individual. It is an *actio popularis*.

40 See Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Vol VI of *Instituciones Políticas y Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 131 ff.

41 *Idem*, pp.137 ff.

In that sense, according to the 2004 Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice⁴² every individual or corporation, having legal capacity, “affected in their rights or interests” by a statute issued by any of the national, state or municipal deliberating bodies or with the same rank and effects by the National Executive, is entitled to raise the nullity of same before the Tribunal, on the grounds of unconstitutionality or illegality...” The Organic Law accepted the doctrine of the popular action regarding standing to raise the remedy which is given not only to citizens, but to every individual or corporation with legal capacity.”⁴³

However, regarding the popular character of the action, the Organic Law establishes a slight restriction, requiring that the contested statute affects, in some way, the “rights or interests” of the plaintiff.⁴⁴ For instance, in a challenge to a municipal ordinance, it can be required, at least, that the plaintiff be resident of the relevant municipality, or, for example, has property in it, so his rights or simple interest may be harmed. However, if it is about a national law, any inhabitant of the country with legal capacity might contest the law, since his simple interest in constitutionality would be harmed by the unconstitutional law.

Any doubts about the scope of this restriction⁴⁵ were cleared up by the former Supreme Court of Justice itself. The requirement of the Organic Law that the challenged law affects the plaintiff’s rights and interests, does not mean that the popular action has been eliminated or that a special requirement of standing exists to invoke the Supreme Court’s exercise of judicial review. The objective of the popular action, the Court asserted, is the “objective defense of the Constitution’s majesty and supremacy”. If it is true that the Organic Law of the Supreme Tribunal requires that the plaintiff be affected in his “rights and interests”, this expression shall be interpreted in a “rigorously restrictive” way⁴⁶.

More recently, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, in decision N° 1077 dated 08-22-01, specified the following regarding the standing to bring a popular action:

42 See Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

43 See Allan R. Brewer-Carías, *La justicia constitucional*, Vol VI of *Instituciones Políticas y Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 144 ff.

44 *Cfr.* Allan R. Brewer-Carías, *Las Garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1976, p. 53.

45 See L.H. Faría Mata, “¿Eliminada la Acción Popular del Derecho Positivo Venezolano?”, in *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N°11, Caracas 1982, pp. 5-18.

46 Decision of the Plenary Session dated 06-30-82, in *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 11, Caracas 1982, p.138. According to this criterion, therefore, as the Supreme Court in Plenary Session has said, the popular action “may be exercised by any and all citizens with legal capacity.” Decision dated 11-19-85, in *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 25, Caracas 1986, p.131.

On the other hand, in our legal order, the popular action of unconstitutionality exists, whereby any individual having capacity to sue has a procedural and legal interest to raise it, without requiring a concrete historical fact that harms the plaintiff's private legal sphere. The claimant is a guardian of constitutionality and that guardianship entitles him to act, whether or not he suffered a harm coming from the unconstitutionality of a law. This kind of popular actions is exceptional⁴⁷.

In any case, the same standing is allowed to any individual that might be harmed in his rights and interests. Such a person may participate in the trial, as a party, contesting or defending the challenged act.

VI. PREVENTIVE JUDICIAL REVIEW OF THE CONSTITUTIONALITY OF SOME STATE ACTS

In the traditional system of judicial review in Venezuela, the sole mechanism of preventive judicial review of statutes or acts issued in direct and immediate execution of the Constitution was the Supreme Tribunal of Justice deciding the unconstitutionality of an approved law not yet promulgated, on the occasion of the presidential veto of the same.⁴⁸

The Constitution of 1999 provided expressly for preventive control of constitutionality regarding international treaties and organic laws. It also separated the control of constitutionality by the President's initiative from the presidential veto of laws.

1. *Preventive Judicial Review of International Treaties*

In the *first place*, article 336, paragraph 5° of the Constitution, regarding *international treaties*, grants the Constitutional Chamber authority to:

verify, at the President of the Republic's or the National Assembly's request the conformity with the Constitution of international treaties subscribed by the Republic before their ratification.

This kind of provision, originated in European constitutional systems, like the French and the Spanish, and also existed in Colombia⁴⁹. It was incorporated in the Venezuelan system of judicial review, permitting preventive judicial review of an international treaty subscribed by the Republic. It is important to note that it

47 Decision N° 1077 dated 09-22-01, Constitutional Chamber (Case: *Servio Tulio León Briceño*), in *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 83, Caracas 2000, pp. 247 ff.

48 See Allan R. Brewer-Carías, *La justicia constitucional*, Vol. VI of *Instituciones Políticas y Constitucionales*, , *op. cit.*, pp. 134 ff.

49 *Idem*, p.590.

precludes, in these cases, subsequent challenge of the law approving the treaty before the Supreme Tribunal.⁵⁰

Standing to initiate this preventive control by the Supreme Tribunal, belongs to the President of the Republic or to the National Assembly. The review shall be made before the ratification of the treaty and after the National Executive signs it. Once the Treaty is approved by statute, a popular action could normally be raised against the statute. But, if the Constitutional Chamber, by means of a preventive judicial review decision, has decided that the international treaty conforms to the Constitution, then, a popular action of unconstitutionality against the approving statute could not be raised.

A method of judicial review of this kind, is very important in regional economic integration processes, since it would allow approval of the respective treaties only after verification of their constitutionality by the Supreme Tribunal. This happened, for example, in Venezuela in the cases of treaties regarding the Integration Agreement of the Andean Community.⁵¹

2. Preventive Judicial Review of the Organic Statutes

The *second* mechanism of preventive judicial review is that provided in article 203 of the Constitution. Before their promulgation, the Constitutional Chamber may decide whether enactments of the National Assembly designated as Organic Statutes actually have the constitutionally required characteristics of such statutes. According to article 203, there are various types of Organic Statutes, some specified in the constitutional text and others to be certified as such by a two thirds vote of the National Assembly before initiating the discussion of the draft. These statutes are *automatically* sent, before their promulgation, to the Constitutional Chamber of the Tribunal of Justice, for a decision on the constitutionality of their organic character.

There exists, in this case, no standing vested in a specific organ or individual to raise this control, since it is automatic. The Constitutional Chamber must decide the case within 10 days counted as of the date it receives the communication. Should the Chamber declare that the law is not organic, then it loses that character.

3. Judicial Review of Approved Statutes before their Promulgation

The *third* mechanism of preventive control of constitutionality is provided in article 214 of the Constitution. It applies in cases where the President of the Republic raises a constitutional issue during the days he has to promulgate the statute. Pursuant to this rule, the Constitutional Chamber shall decide the

50 See Allan R. Brewer-Carías, *Implicaciones constitucionales de los procesos de integración regional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, pp. 75 ff.

51 See the decision of the former Supreme Court of Justice dated 07-10-90 and the comments in Allan R. Brewer-Carías, “El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana”, *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 44, Caracas 1990, pp. 225-229.

constitutionality of the statute or some of its articles. The President of the Republic, therefore, has standing to raise the issue of constitutionality in this case.⁵²

Thus, this provision sets forth a control of the constitutionality of statutes that have been approved but not promulgated, which is distinct from the so called “presidential veto” of statutes, which always involves their resubmission to the National Assembly.

VII. THE OBLIGATORY CONCENTRATED METHOD OF JUDICIAL REVIEW OF STATE-OF-EMERGENCY DECREES

Pursuant to articles 336 and 339 of the Constitution, all Executive Decrees declaring a state of emergency shall be raised by the President of the Republic before the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, so it can decide on their constitutionality.

This instance of obligatory judicial review, is a novelty introduced by the Constitution of 1999, following the precedent of Colombia (art. 241, paragraph 7). In Venezuela, such power of review is the only constitutional case in which the Chamber is entitled to act *ex officio*.

By exercising this constitutional judicial review power, the Constitutional Chamber may decide not only on the constitutionality of decrees declaring states of exception, but also on the constitutionality of the content of such decrees pursuant to the provisions of articles 337 and following of the Constitution. In particular, the Chamber shall verify, whether the decree contains a sufficient statement of the character of the regulation of the rights the decree restricts. (art. 339).

VIII. JUDICIAL REVIEW OF THE PARLIAMENT’S OMISSIONS

The so called judicial review of legislative acts by omission⁵³ is another new institution of judicial review established by the Constitution of 1999. In that regard, article 336 grants the Constitutional Chamber the competence to:

Declar[e] the unconstitutionality of the omission of the municipal, state or national legislative power in failing to issue indispensable rules or measures to guarantee the enforcement of the Constitution, or issuing them in an incomplete way, and establishing the terms, and if necessary, the guidelines for their correction.

This provision grants a wide power to the Constitutional Chamber, which surpasses the initial Portuguese antecedent. Indeed, in the case of the Portuguese Constitution, standing for invoking this power is given to the President of the Republic, the Ombudsman or the Presidents of the Autonomous Regions⁵⁴. In

52 The Constitutional Chamber considered that this standing belongs exclusively to the President of the Republic. See decision N° 194 of 02-15-2001.

53 This institution has its origins in the Portuguese system, see Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, *op. cit.*, p. 269.

54 See Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, *op. cit.*, p. 269.

contrast, the Constitution of 1999 does not establish any condition whatsoever for standing; so normative omissions⁵⁵, may be challenged as *popular actions*.

IX. JUDGMENT OF CONSTITUTIONAL CONTROVERSIES BETWEEN THE ORGANS OF PUBLIC POWER

The Supreme Tribunal, in Constitutional Chamber, pursuant to article 336, also has the power of “judging constitutional controversies arising between any organs of public power.”

This constitutional judicial review power is intended to resolve conflicts between State organs, both in their vertical or territorial distribution (Republic, states and municipalities), and in their horizontal distribution at the national level (Legislative, Executive, Judicial, Citizens and Electoral Powers), and at state and municipal levels (Legislative and Executive Powers).

In other words, it is about the judgment of controversies concerning *constitutional competencies* between constitutional organs of the State. These cases are different from *administrative* controversies that can arise between the Republic, the States, municipalities or other public entities. The latter are decided by the Political-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal (art. 266, paragraph 4^o), as an “Administrative Jurisdiction”⁵⁶.

In any case, standing to seek a remedy to settle a constitutional controversy belongs to the State constitutional organ involved.

X. ACTION FOR CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

Finally, among the competencies of the Constitutional Chamber as “Constitutional Jurisdiction”, mention must be made of the power it has to decide abstract requests for interpretation of the Constitution. The Constitutional Chamber itself created this authority from its interpretation of article 335 of the Constitution. It has recently been formalized in the 2004 Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice.

The purpose of an such action of constitutional interpretation is to secure a certain declaration by the Constitutional Chamber on the scope and content of a constitutional provision. It has been regarded as a form of citizen participation, a step prior to an action of unconstitutionality. Providing the constitutional interpretation may clear doubts and ambiguities about the supposed conflict⁵⁷. The

55 The Constitutional Chamber has called it “legislative silence and functioning.” Decision N° 1819 of 08-08-2000 of the Political-Administrative Chamber (Case: *Rene Molina vs. Comisión Legislativa Nacional*).

56 Decision of the Political-Administrative Chamber N°1819 of 08-08-2000 of the Political-Administrative Chamber (Case: *Rene Molina vs. Comisión Legislativa Nacional*).

57 Decision N° 1077 dated 09-22-01, Constitutional Chamber (Case: *Servio Tulio León Briceño*), in *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 83, Caracas 2000, pp. 247 ff.

Constitutional Chamber, in creating the action, in decision No. 1077 dated 09-22-2000 relied on article 26 of the Constitution, which establishes the right of access to justice. From this, the Chamber deduced that, although this action was not set forth in the legal order, it was not forbidden either, and, therefore:

whoever having a legal interest may raise the interpretation of a law as per the legal provisions, and also the interpretation of the Constitution, in order to obtain a decision of plain certainty on the scope and content of constitutional rules, this action would be equal in nature to one of interpretation of law⁵⁸.

Regarding the standing to bring this action for constitutional interpretation before the Supreme Tribunal, the Constitutional Chamber considered that a particular interest must exist in the plaintiff:

A public or private person shall have a current, legitimate legal interest, grounded in his own concrete and specific legal situation, which necessarily requires the interpretation of constitutional rules applicable to the situation, in order to end the uncertainty impeding the development and effects of said legal situation⁵⁹.

For the action for interpretation to be allowed, the petition must specify the nature of the obscurity, ambiguity or contradiction of the provisions of the constitutional text, or within one of them in particular, or with respect to the nature and scope of applicable principles.

As mentioned, the action has restricted standing, but the effects of the decision are general⁶⁰.

CONCLUSION

From the above, it is clear that in order to determine the standing rules to raise constitutional issues in a judicial process, the system of judicial review existing in the country must first be determined.

In the Venezuelan case, with its mixed or comprehensive system of judicial review, we have analyzed, the following general rules on standing that can be deduced, depending on which judicial method is used to exercise judicial review:

1. In order to exercise judicial review of statutes through the diffuse method, standing to raise the constitutional issue in the specific case belongs to the parties to the same, even when they act on behalf of diffuse and collective interests. Judges in Venezuela also have the power-duty of raising *ex officio*, by themselves, and in the proceeding, constitutional issues regarding statutes in order to decide the specific case. Additionally, the Public Prosecutor and the Defender of the People, according

58 *Idem.*

59 *Idem*

60 The Constitutional Chamber in decision N° 1347 dated 11-09-2000, outlined the binding character of its interpretations, by pointing out that “The interpretations of this Constitutional Chamber, in general, or those issued in proceedings of interpretative remedy, shall be understood as binding regarding the core of the studied case”.

to their authority, may raise constitutional issues in proceedings in which they intervene.

2. In Venezuela, the right of every individual to be legally protected in the enjoyment and exercise of his constitutional rights and guarantees is established. For that purpose, the action of *amparo* is also a legal method of judicial review. It may be raised by the holder of the infringed constitutional right or guarantee. The action of *amparo* can also be raised on behalf of diffuse or collective constitutional rights, and by the Defender of the People on behalf of the same.

3. Regarding judicial review of constitutionality and illegality of by laws and other general or individual administrative acts, the courts of the Administrative Jurisdiction are entitled to declare their nullity. Any individual has standing to raise the action of nullity against normative administrative acts. A simple interest in legality is enough to have standing. Therefore, it is a popular action.

But in cases of administrative acts of particular effect, standing to raise the action of nullity belongs only to those individuals who have a legitimate interest in the annulment of the act. According to the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, the interest must also be personal and direct. The action of nullity against administrative acts can also be exercised on behalf of diffuse and collective interests.

4. In addition to the diffuse method of judicial review, the concentrated method of judicial review has existed in Venezuela since the nineteenth century. Currently, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, as the Constitutional Jurisdiction, has the exclusive right to declare the nullity of statutes and other acts of a similar level on the grounds of unconstitutionality. Standing to bring a direct action of unconstitutionality before the Constitutional Chamber belongs to any individual with a simple interest in constitutionality. It is also, therefore, an *actio popularis* for judicial review of statutes and other State acts of similar rank and effect.

5. The Constitutional Jurisdiction has other competencies in matters of judicial review, and correspondingly different standing rules. Standing to raise preventive judicial review of international treaties before the Constitutional Chamber belongs to the President of the Republic or to the National Assembly. In the case of organic statutes, preventive review by the Constitutional Chamber is automatic and obligatory. Standing for a decision of preventive review of statutes approved by the National Assembly, but not yet promulgated, belongs to the President of the Republic.

6. Decrees declaring states of exception, must be subjected to judicial review by the Constitutional Chamber. When issuing those decrees, the President of the Republic shall send them to the Chamber. However, in this case, the Constitutional Chamber is also expressly given the power to review said decrees *ex officio*, and it can do so from the moment they are published in Official Gazette.

7. The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice also has the power to declare the unconstitutionality of omissions of national, state or municipal legislative bodies in failing to issue rules needed for the enforcement of the Constitution. This action of unconstitutionality for omission of the Legislator has the same standing rules as the action of unconstitutionality of statutes, as a popular action. Therefore it belongs to each and every individual, a simple interest in constitutionality being sufficient.

8. The Constitutional Chamber also has the power to decide and judge constitutional controversies arising between different constitutional organs of the State, resulting from the vertical division of power (Republic, States or Municipalities) and from the horizontal separation of power (Legislative, Executive, Judicial, Citizen and Electoral). In these cases, standing to raise the constitutional issue belongs to those holding office in said organs.

9. Finally, regarding the action for constitutional interpretation that can be brought before the Constitutional Chamber, standing belongs to individuals with an actual and legitimate legal interest based on a specific legal situation that requires constitutional interpretation in order to end the uncertainty impeding its development.

The foregoing is, in short, the current situation of standing to raise constitutional issues in judicial proceedings in a mixed or integral system of judicial review such as the Venezuelan system.

§ 5. MIGRATION LAW IN VENEZUELA AND ITS APPLICABILITY IN THE CONTEXT OF AN AUTHORITARIAN REGIME

National Report on the *Legal Situation of Migrants in Venezuela*, for the XVII International Congress of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2006*

INTRODUCTION: HISTORY OF MIGRATION LAW IN VENEZUELA (1811-1999)

Freedom of residence and freedom of movement have been an essential part of the constitutional tradition of the American countries, which are historically considered nations of immigrants, accustomed to receiving flows of foreigners and to fostering their integration into society.¹ This provision is enshrined in the constitution of each of the Latin American countries since their founding.

* Published in the book: Marie-Claire Foblets and Jean-Yves Carlier (Editors), *Law and Migration in a Changing World*, Springer, 2022, pp. 813-838.

1 The declaration was drafted following the text of the 1789 French *Declaration des droits de home et du citoyens*, and of the Bill of Rights of the 1776 and subsequent Constitutions of the former North American Colonies. See the text in Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, Vol I, pp. 549-551. See on the importance and meaning of such Declarations: Allan R. Brewer-Carías, *Las declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811 (Bicentenario de la Declaración de “Derechos del Pueblo” de 1º de julio de 1811 y de la “Declaración de Derechos del Hombre” contenida en la*

The first Declaration of Human Rights in Latin America, named the *Declaration of the Rights of the People*, sanctioned by the General Congress of the Provinces of Venezuela on the 1st July 1811, is a case in point.² Two articles under the section titled ‘Rights of People in Society’ in the *Declaration*, specified the following:

Article 25: All foreigners of any Nation of origin will be permitted to enter the Province of Caracas.

Article 26: All foreigners will be granted the same rights with regard to their person and property as any other citizen, provided they recognize the sovereignty and independence of the country and respect the Catholic Religion, the only recognized religion in the country.³

This Declaration is also enshrined in the first Constitution adopted in Hispanic America, namely the *Federal Constitution for the States of Venezuela* of 21 December 1811, which was sanctioned after the declaration of independence from Spain on 5 July 1811:

Article 169. All foreigners of any nation will be admitted into the State. They will be granted equal treatment with regard to their properties and personal security as any citizen, provided that they respect the Catholic Religion, the only religion recognised in the country, and that they recognise the independence of these peoples, their sovereignty and the authorities established by the popular will of their inhabitants.⁴

Within a few years, each newly founded country in Latin America began incorporating these regulations on citizenship into their respective constitutions, while also introducing provisions detailing under what terms and conditions foreigners could obtain citizenship and political rights. Although eventually the reference to the Catholic religion being the only religion permitted were removed, the provisions favouring immigration remained generally unaltered in countries open to receiving immigrants,

Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 21 de diciembre de 1811, Prólogo de Román José Duque Corredor), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011.

- 2 The exception to this feature has only occur in cases of grave economic and political crisis, when Latin Americans have been forced to emigrate as was the case in the seventies of last century during the military’s dictatorships in Argentina, Chile and Uruguay; and is currently (2018) the case in Venezuela.
- 3 See the text in Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, Vol. I, pp.553-579..
- 4 See the text in *Official Gazette* N° 5458 Extra of 24 March 2000. See the comment on the Constitution in Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, (2 vols). Caracas 2004). These provisions were drafted by the author in the National Constituent Assembly in 1999. See Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente)*, (Vol. II), Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

which in general guaranteed the same rights for nationals and foreigners, except for political rights.

This is the principle that was established in all the Constitution of the country during the XIX and XX Centuries, and is the principle followed in the current 1999 Constitution (also known as Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela)⁵ following the same principle established in the previous 1961 Constitution.⁶

Nonetheless, it must be pointed out that even as nationals and aliens alike are guaranteed the same rights without discrimination, the political rights, like the rights to vote, to be elected to public positions, to participate in political parties, and in general the right to actively partake in the political life of the nation, are reserved for citizens.⁷

During the XX Century, the regime relating to foreigners in Venezuela was established in four important laws: The *Foreigners Law* of 1937⁸, the *Law related to the Activities of Foreigners in the National Territory* of 1942⁹ and the *Law on Immigration and Colonization* (last reform of 1966),¹⁰ through which Venezuela received important flux of migration mainly from European Countries, particularly after the Second World War. Those legal instruments were all abrogated after the enactment of the 1999 Constitution, by the 2004 *Law on Nationality and Citizenship*,¹¹ the 2004 *Law on Aliens and Migration*¹² and the 2001 *Organic Law on Refugees and Asylees*.¹³

5 See Allan R. Brewer-Carías, *El régimen jurídico administrativo de la nacionalidad y ciudadanía venezolanas*, Colección de Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1965.

6 The only exception established in the Constitution refers to the right to vote in parochial municipal and States elections, granted to foreigners with more than 10 years of residence (article 64).

7 See in *Official Gazette* N° 19.329 of 3 August 1937.

8 See in *Official Gazette* N° 20.835 of 29 June 1942.

9 See in *Official Gazette* N° 1.032 Extra. of 18 July 1966.

10 See in *Official Gazette*, No. 37971 of 1 July 2004. See the text in Allan R. Brewer-Carías, *Régimen legal de la nacionalidad, ciudadanía y extranjería. Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Ley de Extranjería y Migración, Ley Orgánica sobre Refugiados y Asilados* (Colección Texto Legislativos N° 31, 1ª edición, Editorial Jurídica Venezolana 2005) pp. 87 ff.

11 See in *Official Gazette* No. 37944 of 24 May 2004. See the text in A.R. Brewer-Carías, *Régimen legal de la nacionalidad...*, *op cit.*, pp. 101 ff.

12 See in *Official Gazette* No. 37296 of 3 October 2001. See the text in Allan R. Brewer-Carías, *Régimen legal de la nacionalidad... op.cit.*, pp. 117 ff.

13 See for instance: "The Crisis Next Door. Mass exodus of exasperated Venezuelan is overwhelming neighboring countries" *The Washington Post*, March 2, 2018, in https://www.washingtonpost.com/news/world/wp/2018/03/02/feature/i-cant-go-back-venezuelans-are-fleeing-their-crisis-torn-country-en-masse/?noredirect=on&utm_term=.f0dbbb8f948d2

The later is an Organic Law, according to what is provided in article 203 of the Constitution, which reserve such denomination to laws named as such in the Constitution, such that serves as normative framework for other laws and those intended to regulate constitutional rights. In this case, the *Organic Law on Refugees and Asylees*, has the purpose of providing norms to assure the exercise of the constitutional right established in article 69 of the Constitution for foreigners to seek for asylum and refuge in Venezuela.

These three laws are the ones that establishes the legal regime regarding citizenship and foreigners, which unfortunately have been completely distorted by the authoritarian regime the country has since 1999, to the point that they have been applied only when the government has need them to be applied, conditioned by political purposes, not being possible for any person, foreign or citizen, to exercise any sort of administrative review of the administrative actions, and much less any, judicial review of such actions by the competent contentious administrative courts.

On the other hand, the social and economic situation of the country provoked by the erroneous socialist policies that have been applied, destroying all the productive apparatus of the country, nationalizing and confiscating almost all private investments, has originated the currently humanitarian crisis in a way never before experienced in Latin America, that has radically changed the traditional character of Venezuela as a country of immigrants, being converted into a country of emigrants, originating an exodus never before seen in all Latin America;¹⁴ in the words of Luis Amagro, the Secretary General of the Organization of American States: “the greatest exodus that has existed in the history of Western Hemisphere.”¹⁵

This report, basically intended to study the Migration Law in Venezuela, is divided into the following parts: Firstly, it describes the constitutional and legal status of persons with regard to nationality or citizenship; secondly, it analyses the general legal regime currently in place that is applicable to migrant aliens; thirdly, the report details the legal regime valid for refugees and asylees; and fourthly, it addresses the question of civil rights and duties of migrant aliens. In the final sections, the report describes the disciplinary administrative regime applicable to aliens and the criminal offences and liability systems in place for aliens.

1. *Constitutional and Legal Status of Nationals or Citizens*

The Venezuelan Constitution, as mentioned, distinguishes between citizens (nationals) and aliens.

14 See: “Almagro: Crisis migratoria venezolana es el éxodo más grande del hemisferio,” in *Noticierodigital.com*, Santo Domingo, EFE, 29 de agosto de 2018, en <http://www.noticierodigital.com/2018/08/almagro-proxima-semana-se-hara-reunion-abordar-la-crisis-migratoria-sufre-venezuela/>

15 See *Official Gazette*, No. 37971 of 1 July 2004. See the text in Allan R. Brewer-Carías, *Régimen legal de la nacionalidad... op. cit.*, pp. 87 ff.

1.1. *Venezuelan Citizenship*

Citizens of Venezuela are Venezuelan nationals. Article 39 of the 1999 Constitution, declares that only Venezuelan citizens or nationals are permitted to ‘exercise their citizenship right and, therefore, are entitled to political rights and duties as per this Constitution’. This provision was again incorporated into Article 50 of the 2004 *Nationality and Citizenship Law*,¹⁶ specifying that ‘citizens are those Venezuelans not subject to political impediment or to civil interdiction and fulfill the age requirements stipulated in the Constitution and in the statutes’. Age requirements differ based on the political rights to be exercised. For example, the Constitution specifies that the minimum voting age requirement is 18 years (Article 64), but to be elected governor of a state within the federation, the minimum age is 25 (Article 160); likewise, one must be at least 21 years old to be a member of the National Assembly and a State Legislative Council (Articles 188 and 162), at least 25 years to be a mayor of a municipality, (Article 174), older than 30 to be President and Vice President of the Republic (Articles 227 and 238), People’s Defender (Article 280) and General Controller of the Republic (Article 288), older than 25 to be minister (Article 244), and furthermore, at least 35 years to be appointed Justice on the Supreme Tribunal of Justice (Article 263), Attorney General (Article 249) or the General Prosecutor of the Republic (Article 284).

1.2 *Migrants and Non-Migrant Aliens*

Article 3 of the 2004 *Aliens and Migration Law*¹⁷ establishes that all those living in Venezuela who are not considered Venezuelan citizens are foreigners or aliens. According to the same statute, which also addresses entry into and permanent residence in the territory of the Republic, aliens are admitted under two categories: as migrants and non-migrants.

Non-migrant aliens are those who enter the state territory for temporary stay not exceeding 90 days, without having the intention of establishing their family’s permanent residence there. These non-migrant aliens cannot perform activities for remuneration or profit.

Migrants, by contrast, are those of foreign birth or citizenship, who enter the state borders to reside there either temporarily or permanently,¹⁸ and are classified

16 See in *Official Gazette* No. 37944 of 24 May 2004. See the text in Allan R. Brewer-Carías, *Régimen legal de la nacionalidad...*, *op. cit.*, pp. 101 ff.

17 As established in Article 3 of the Aliens and Migration Law of 2004 (*Official Gazette* N° 37944 of 24 May 2004). This Law derogated the Aliens Law of 1937 (*Official Gazette* N° 19329 dated 3 August 1937), the Law on Alien Activities in the Venezuelan Territory of 1942 (*Official Gazette* N° 20835 dated 29 June 1942) and the Immigration and Colonization Law of 1966 (*Extra Official Gazette* N° 1032 dated 18 July 1966), as well as all other dispositions contrary to its provisions.

18 See for instance Article 2.1 of the International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families, adopted by the General Assembly of the United Nations at its 45th session on 18 December 1990 (A/RES/45/158). The same definition is contained in the International Labor Organization Covenant on Migrant Workers (1949), in effect in Venezuela since 1983,

into two categories, as temporary migrants and permanent migrants (Article 6). Temporary migrants are those who intend to reside in the country temporarily for the duration of the purpose of stay, whereas permanent migrants are those that have been granted the authorization to remain indefinitely in the territory of the Republic.

This category of migrants consists essentially of ‘migrant workers’. As defined in the International Conventions on Migrant Workers, a migrant worker is someone ‘who is to be engaged, is engaged or has been engaged in a remunerated activity in a State of which he or she is not a national’.¹⁹

1.3 Aliens with Refuge and Asylum Status

In addition to the status of migrants and non-migrant aliens, Article 69 of the Constitution sets forth ‘that the Bolivarian Republic of Venezuela recognises and guarantees the right of asylum and refuge’. Therefore, in addition to non-migrants and migrant aliens, two other categories of aliens can be identified in Venezuelan domestic law: refugees and aliens with right to asylum, following the provisions of the 2001 *Organic Law on Refugees and Asylees*.²⁰

2. General Legal Regime for Migrant Aliens

Particularly during the course of the twentieth century, Venezuela was a country of immigrants. The first wave of immigrants, who came from Italy, Spain and Portugal after the World War II, were integrated socially and economically into the fabric of everyday life and they contributed significantly to its social and economic development, and produced a completely integrated and mixed population. A second wave arrived starting in the 1970s, albeit from other Latin American countries, in particular from Colombia, seeking employment and better economic conditions. An important contingent of these latter migrants consisted of illegal immigrants. In any case, the situation completely changed in 2017 due to the severe economic and social crisis suffered by Venezuela, in big part due to the authoritarian government policies that came into effect during the past decade, when, in a reverse move, Venezuelans began to flee to other Latin American countries, seeking refuge and asylum in Colombia, Brazil, Ecuador and Peru for the same economic and political reasons.

in which it is further clarified that the Covenant is not applicable to ‘border workers’, the entry for a short period of time of artists or persons exercising liberal professional activities, and seafarers (Article 11.2).

19 See in *Official Gazette* No. 37296 of 3 October 2001. See the text in Allan R. Brewer-Carías, *Régimen legal de la nacionalidad... op. cit.*, pp. 117 ff.

20 See in *Official Gazette*, No. 37971 of 1 July 2004. See the text in A.R. Brewer-Carías, *Régimen legal de la nacionalidad...op. cit.*, pp. 160 ff.. See Allan R Brewer-Carías, ‘Legal Situation of Migrants in Venezuela (La situación jurídica de los migrantes)’, National Report for the XVII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2006. See in <www.allanbrewercarias.com> (Section I,1, 2006).

2.1 General Legal Regime

Notwithstanding the special provisions on refugees and asylees, the general regime regarding all aliens was established in the 2004 under the *Aliens and Migration Law*,²¹ which applies to all foreigners staying in the territory of the Republic regardless of their migratory condition (Article 2).

The only exceptions to this general rule are ‘diplomatic and consular representatives, members of diplomatic missions and consular offices, representatives, delegates and other members of international bodies and specialized organizations of which the Republic and their families are part, accredited before the national government’ (Article 4), to which such regime does not apply.

This general regime established under law provides for everything related to the admission, entry, stay, registry, control and information, departure and reentry of foreigners in the Republic’s territory, as well as their rights and duties. Consequently, the 2004 Law effectively declared the *Aliens Law* of 1937, the *Law on Aliens’ Activity in Venezuelan Territory* of 1942, and the *Immigration and Colonization Law* of 1966 as well as every other provision contravening it, null and void.

On the other hand, with regard to indigenous people sharing the boundaries of Venezuela with Colombia and with Brazil, Article 60 of the 2004 Law, that aims to facilitate their cultural integration as well as their right to practice their values, habits and customs, requires that the country enter into agreements with those other countries to promote cultural unity and the preservation of their lifestyle.

2.2 Admission System for Migrant Aliens

2.2.1 Necessary Documents for Admission

The basic condition for granting a migrant alien the right to enter, re-enter and to remain in the territory of the Republic, is to have a valid passport, with the respective visa or other documents authorizing the entry or residence in the territory of the Republic, according to the applicable statutes and international treaties signed and ratified by the Republic of Venezuela (Article 7).

For this purpose, aliens must present themselves at entry terminal (ports, airports and border zones) ‘with their passport with a valid visa or a document authorizing their entry or residence in the territory to the Republic’ (Article 10 of the 2001 Organic Law).

Where the alien in question is a representative of a religion or cult, who is entering the territory of the Republic with the intention to perform religious activities or any other activity related to it, he or she must obtain the respective authorization from the National Executive through the competent authority (Article 11).

21 Organic Law of Exception Situations *Official Gazette*, N° 37261 of 15 August 2001.

2.2.2 Entry Control of Aliens

It is up to the competent authorities in matters of aliens and migration located in ports, airports and border zones to prohibit the entrance to the territory of the Republic, of those aliens who do not comply with the requirements set forth in Organic Law for their legal entry into the country (Article 12). Exception is made in cases set forth in international agreements signed by the Republic exonerating aliens from complying with any of the legal requirements for their entry as stipulated in Organic Law. This is the case of persons seeking refuge that could not be rejected or be subjected to any measure implying his return to the territory where his life, physical integrity and personal freedom be at risk due to the factors enunciated in Article 5 of the *Refugee and Asylum Organic Law* (Article 7 of the same Law).

2.2.3 Entry and Departure Places for Aliens

The entry and departure of aliens from the territory of the Republic can only be made through terminals that are legally authorized.

In case of emergency or proved need, said legally authorized places can be temporarily closed for public traffic and in accordance with Article 9 of the Aliens and Migration Law, this measure must be permitted following the provisions regarding estates of exceptional situations. This measure must have been duly motivated by factors provided for in the applicable law. In consequence, the ‘closing of borders’ must be undertaken within the frame of the state of exception regulated by Article 337 of the Constitution and the *State of Exception Organic Law*.²²

2.2.4 Denial of Entry to Aliens

Aliens included in the following cases listed in Article 8 of Organic Law, cannot be admitted into the territory of the Republic:

- if his or her presence would require modifications in the domestic public order or result in compromising international relations of the Republic, because this is being requested by foreign police or judicial authorities for common criminal causes or for connections to national or international criminal organizations;
- if they have been deported from the territory of the Republic and the prohibition of entry into the country is still in effect;
- if they have committed a felony qualified and punishable under Venezuelan law, in cases where they have not served their sentence, or the statute of limitations has not expired;
- if they had infringed on Human Rights, International Humanitarian law (IHL) or provisions inserted in international instruments of which the Republic is part of;
- if they are involved in drug trafficking or trafficking of psychotropic substances or similar activities;

22 See in *Official Gazette* N° 40.865, 9 March 2016

- if they suffer from infectious or contagious diseases or other diseases that might result in public health.

2.3 The Labour Authorization System

2.3.1 Prohibition for Non Migrant Aliens to Perform a Remunerated Activity

As previously stated, the non-migrant alien category applies to those whose period of stay in the country does not exceed a 90-day limit and who do not intend to file for permanent residence for themselves or for their family. Organic Law establishes, in general, that the activities they undertake in that time period cannot be tied to remuneration or profit.

However, Organic Law lays down exceptions in labour authorizations., Pursuant to Article 17, non-migrant aliens do not require labour authorization in the following cases:

- Scientists, professionals, technicians, experts and specialised personnel who provide guidance, training or perform temporary labour for a period not exceeding ninety (90) days;
- Technicians and professionals invited by public or private entities to perform academic, scientific or research activities, insofar as these activities do not exceed the ninety (90) day period;
- Those that enter the territory of the Republic to develop activities protected by cooperation and technical assistance agreements;
- Workers of foreign media dully accredited for performance of informational activities;
- Members of international scientific missions performing research works in the territory of the Republic authorized by the Venezuelan government.

2.3.2 Labour Authorization in Cases of Migrant Workers

Article 16 of Organic Law sets forth that every person who enters the territory of the Republic with a work contract shall obtain labour authorization from the Ministry of Labour. The process to obtain the corresponding authorization must be initiated by the alien or via the contracting parties in the territory of the Republic.

Working aliens who seek to be contracted by a public enterprise (that belong to the Republic, the federal states and municipalities) must also obtain the corresponding labour authorization (Article 19).

The visa authorizing the residence of the aliens in the territory of the Republic must be valid for same period as the labour authorization and must be extended insofar as the circumstances underlying its issuance extend beyond the duration of the visa (Article 20).

Where the employment entails work in specific areas and for a specific period of time in sectors such as agriculture, fishery and animal husbandry, the respective

authorization must be issued by the Ministry of Lands, Ministry of Labour and Ministry of Production and Commerce through a joint resolution (Article 18).

2.4 Control of Migrant Aliens

2.4.1 Competent Administrative Entity

According to Decree no. 2269 of 9 March 2016, entitled Organization and Functioning of the Central Public Administration, the Ministry of the Interior and Justice is responsible for issues directly concerning aliens and migration.²³ This Ministry is also the national migratory authority in charge of the admission, entrance, domicile, registry, departure and re-entry of aliens. However, the Ministries with competence in the areas of Foreign Affairs, and Defense and Labour, are also required to assist with the fulfilment of the objectives of Organic Law. According to Article 28, the National Migration Commission of Venezuela, is required to advise the National Executive to comply with the functions established in the Law.

Whereas the Minister of the Interior and Justice presides over the National Migration Commission, the latter also comprises representatives of ministries with competence in Foreign Affairs, Defense, Education, Fishery, Agriculture, Animal Husbandry, Production, Commerce and Labour.

2.4.2 The National Registry of Aliens

Article 21 of Organic Law requires the creation and maintenance of a ‘National Registry of Aliens’ in the Ministry of the Interior and Justice.

The Ministry of the Interior and Justice is charged with continuously updating the statistics about aliens in the territory of the Republic, independent of their migratory category (Article 27).

2.4.3 The Obligations to Inform

The duty of hotels, boarding houses and lodging places

Owners or administrators of hotels, boarding houses or lodging places must keep a registry of their alien guests or boarders, specifically documenting their nationality. The information thereof must be sent every eight days to the National Registry of Aliens (Article 25).

The duty of the owners or administrators of transport businesses

Owners or administrators of the transportation and national and international tourism companies are required to maintain a list of their alien users. This information must also be sent every eight days to the National Registry of Aliens (Article 26).

The duties of the employers of alien people

23 See in *Official Gazette* No. 37871 of 3 February 2004. Reformed by Decree No. 3042 of 3 August 2004, *Official Gazette* No. 38002 of 17 August 2004.

Every employer of an alien person is charged with inspecting the identification documents and must inform the National Registry of Aliens in writing on the terms and conditions of the employment, including the duration of the appointment and the date of termination, within a 30 day period following the receipt of the documents or the termination of the contract (Article 24).

Additionally, every employer or contractor of alien workers must agree before the competent authority in the matter of aliens and migration, to pay for the return ticket of the alien and his/her family to his/her country of origin or of last residence, within the month following the termination of his contract.

The duty of the civil registry authorities

The civil authority before which a change of the civil status of an alien is performed, must inform the National Registry of Aliens of it, within an eight-day period after the event (Article 22).

The duty of prisons institutions

The directors of prisons must send an updated list of the imprisoned aliens every three months (Article 23).

2.5 Expedited Procedure for the Legalization of Illegal Immigrants (2004)

In 2004, months before there was a recall referendum on the then president of the Republic, Hugo Chávez, and before the new laws on *Nationality and Citizenship* and *Foreigners and Migration* entered into force, an Executive Regulation was issued through Decree no. 2823 of 3 February 2004²⁴ ‘to legalize the admission and residence of illegal immigrants in the territory of the Republic, and also to grant the opportunity to apply for Venezuelan citizenship to those foreigners who fulfill the requirements set forth’ (Article 1). Although that Decree was repealed in light of the new laws on Nationality and Citizenship and the Foreigners and Migration Laws, it was nonetheless subsequently applied.

The formal motivation of the Decree, as it was stated in its text, was ‘the duty of the State to defend and guarantee human rights, dignity, fair and equal treatment, freeness, oportune and appropriate answer, honesty, transparency, impartiality and good faith, in order to introduce an effective procedure to attend to requests made by aliens located in the territory of the Bolivarian Republic of Venezuela’ (Article 3). Nonetheless, one of the real motivation of the decree establishing what was called a “express regularization of undocumented aliens and subsequent citizenship”²⁵ was to

24 See the comments on this matter in Allan R. Brewer-Carías, *Régimen legal de la nacionalidad...*, pp. 25 ff.

25 See for instance, the important study on this matter by Tobias Schwarz, “‘I won’t naturalize foreigners like crazy’: The Naturalization Campaign in Venezuela, 2004-2006,” in *European Review of Latin American and Caribbean Studies Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, No. 101 (2016) April, pp. 33-54. Available at: <https://www.erlacs.org/articles/10.18352/erlacs.10093/galley/10635/download/>. See also Scott Zamost, Drew Griffin, Kay Guerrero and Rafael Romo;

massive incorporation of new registered voters in the Electoral Registrar, so they could vote in the repeal referendum that was in process to be organized; and most likely, to introduce in such Electoral registrar many “unreal voters” that through its manipulation could allow to increase votes in subsequent elections.²⁶

For this purpose, the Executive assigned the Ministry of Interior and Justice jurisdiction to apply the Regulation through the National Office of Identification and Immigration (Articles 3 and 4), in effect entrusting it with the responsibility of easing or eliminating some administrative steps in the process of legalizing the admission and ensuring the permanent residence of illegal foreigners (also of irregular migrants) and in the citizenship process, pursuant to the principles and rules set forth in Organic Law in this matter (Article 5), previously in *Law on Aliens* of 1937 and the *Naturalization Law* of 1955 (now repealed).

For that purpose, the Decree established that illegal immigrants who wished to regularize their legal situation had to register themselves in the Foreigners’ Registry (Article 7), and to file the following documents for their legalization at the National Office of Identification and Aliens: Passport or any other identification document, evidence of their employment in the country; letter issued by a competent authority permitting residency, and three pictures of carnet size (Article 8).

Pursuant to Article 9 of the Decree, foreigners that fulfilled those requirements would be granted a ‘resident status’ for the territory of the Republic. Subsequently, the National Office of Identification and Aliens was to issue a triple legalization certificate, one of which was to be given to the foreigner, another was to be filed in the Office of Foreigners Control, and the third one was to be filed in the office issuing the certificate. Said legalization certificate, that only had foreigner’s identification data, was valid for thirty days from the date of its issuance (Article 10).

3. *Legal Regime regarding Refugees and Asylees*

3.1 Asylum

Pursuant to Article 38 of the 2001 *Organic Law on Refugees and Asylees*,²⁷ asylum status is granted to aliens if it is determined by the state that they were persecuted for their beliefs, opinions, or political affinities, or due to acts that might be considered political crimes, or common crimes committed with political intent.

In the exercise of its sovereignty and as per the relevant international treaties, conventions and agreements ratified by it, the Venezuelan State grants asylum

“Venezuela may have given passports to people with ties to terrorism,” CNN, February 14, 2017, in <https://www.cnn.com/2017/02/08/world/venezuela-passports-investigation/index.html>

26 See in *Official Gazette* No. 37296 of 3 October 2001. See the text in Allan R. Brewer-Carías, *Régimen legal de la nacionalidad... op. cit.*, pp. 117 ff.

27 The status can be requested and the consent to protection may be granted orally, but, eventually, the corresponding paperwork must follow.

within its territory to persons persecuted for political reasons or crimes (Article 38), once the nature of such persecution is determined (Article 39) (territorial asylum).

The law also provides that the state shall grant asylum to persons seeking it at diplomatic missions, aboard Venezuelan war ships or military aircrafts, as per the international treaties and conventions to which Venezuela is a cosignatory (Article 40 of Organic Law) (Diplomatic asylum).

On the other hand, asylum cannot be granted to those accused or convicted of, or on trial before ordinary competent courts for common crimes or crimes against peace, war crimes or crimes against humanity, as defined in international treaties (Article 41 of Organic Law).

In accordance with Article 24 of Organic Law, all provisions relating to asylum are to be construed as pursuant to the 1948 *Universal Declaration of Human Rights*, the 1954 Caracas *Convention on Territorial Asylum* and other provisions of international treaties on human rights, duly executed and ratified by the government of Venezuela.

3.2 Refugees

According to the Organic Law on Refugees and Asylees, anyone is entitled to file a refugee protection claim in the Bolivarian Republic of Venezuela, based on a 'well-founded' fear of persecution in accordance with the reasons and the conditions set forth in the 1967 Protocol on the Refugee Status. The Venezuelan State is obligated to grant refugee status 'to every person recognized as such by the competent authority, by virtue of having entered the national territory due to persecution owing to his or her race, gender, religion, nationality, membership in a social group or political opinion, and who is outside his or her home country and shall not or does not want to be protected by that country, or having no nationality, shall not or does not want to return the country where he or she has his residence' (Article 5).

The main legal trend regarding refugee status is that no person claiming refugee protection shall be punished for illegal entry or for residing within the national territory, provided that he or she appears without delay before the national authorities and pleads just cause (Article 6). Additionally, any person who has filed a refugee protection claim shall not be denied admission or be subjected to extradition to a country where his or her life, physical integrity or personal freedom is jeopardized (due to the reasons set forth in Article 5 of Organic Law). However, these benefits shall not be granted to an alien considered, on well-founded grounds, to pose a risk of security to the rRepublic or who, having been convicted of a serious crime, represents a threat to the community (Article 7).

Moreover, according to Organic Law, any alien claiming state protection in Venezuela as a refugee shall be admitted to the national territory and shall be authorized to stay on until his or her claim has been conclusively reviewed, if necessary, after exhausting the corresponding administrative and judicial review proceedings (Article 21). However, an alien considered, for well-founded reasons, a security risk to the nation or who, having been convicted for a serious crime, is deemed a threat to the community, cannot claim these benefits (Article 7).

On the other hand, pursuant to Article 9 of Organic Law on Refugees and Asylees, refugee protection shall not be granted to aliens in the following cases:

- When the alien has committed a crime that disrupted peace, war crimes or crimes against humanity, as defined in international treaties;
- When the alien has committed common crimes outside Venezuela that are not compatible with refugee status requirements;
- When the alien has committed acts against the principles of the United Nations Organization.

All these internal provisions relating to refugee status, pursuant to Article 4 of Organic Law, shall be construed pursuant to the 1948 *Universal Declaration of Human Rights*, 1967 *Protocol on the Status of Refugees*, the 1969 *American Convention on Human Rights*, and other provisions of international treaties on human rights, duly executed and ratified by the government of Venezuela.

3.3 Common Regime

Pursuant to Article 2 of Organic Law, Venezuela acknowledges and guarantees the right of asylum and refugee status, based on the following common principles:

- No person claiming asylum or refugee protection shall be neglected or subjected to any measure that forces extradition to a territory where his or her life, physical integrity or freedom is jeopardized due to the reasons set forth in Organic Law;
- Authorities shall not penalise the irregular entry to or stay in the territory of the Republic of persons claiming refugee protection or asylum, pursuant to the terms set forth in the Constitution;
- Discrimination based on race, gender, religion, political opinions, social condition, country of origin or one that in general lessens or annuls the equal recognition, enjoyment or exercise of the refugee or asylee status of every person shall not be permitted;
- The unity of a refugee or asylee family shall be guaranteed, and especially the protection of unaccompanied minor (child and teenage) refugees or those separated from their family, under the terms set forth in Organic Law.

All the procedures set forth in Organic Law regarding the granting of refugee status and asylum protection are subject to the principles of accessibility, orality,²⁸ rapidity and without cost (Article 3).

Refugees, according to Article 22 of Organic Law, hold the same rights within the territory of the Republic as all foreigners, and are subject to the same limitations set forth in the Constitution and laws with respect to non-citizens.

Refugees are entitled to apply for assistance to the Office of the High Commissioner of the United Nations for Refugees or before any other entity, public or private, national or international (Article 23).

28 Decree No. 2491, *Official Gazette* No. 37740 of 28 July 2003.

Moreover, refugees shall receive all manner of help to process their Venezuelan citizenship (Article 26). The Executive Regulation to Organic Law has interpreted this provision as a right: ‘Every alien staying in the country with refugee status is entitled to petition for Venezuelan nationality by naturalization under the terms set forth in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela and the laws governing the matter’ (Article 18).²⁹

On the other hand, all asylees admitted to the national territory, or those residing in the country with refugee status, must comply with the Constitution and laws of the country, and they are not entitled to participate in the political life nor in any way compromise national security or the interests of the Venezuelan State (Articles 24 and 44).

Additionally, refugees are required to notify the National Commission for Refugees of any change of residence within the national territory (Article 25); and according to Article 17 of the Executive Regulation of Organic Law (where the provisions of the Organic Law are developed and clarified), they cannot leave the country without a written authorization issued by the National Commission for Refugees, which is required to keep an updated record of every authorization granted.

4. General Regime Regarding Civil Rights and Duties of Migrant Aliens

4.1 The Civil and Political Rights’ System

According to Article 13 of 2004 under the *Aliens and Migration Law*,³⁰ aliens residing in the territory of the Republic have the same rights as the Venezuelan citizens with no more limitations than those stated in the Constitution and in the laws. This was expressly set forth in Article 45 of the 1961 Constitution: ‘Aliens have the same rights and duties as Venezuelans, with the limitations or exceptions established by this Constitution and the laws.’³¹

Even though this rule disappeared from the constitutional text of 1999, the same principle derived from the fundamental right to equal protection established in it (Article 21) applies, with the effect that aliens in Venezuela have the same rights as Venezuelans, with the exception of political rights (Article 40).

Nonetheless, there is an exception with respect to voting rights in regional or local (municipal, parish and states) elections, which Article 64 of the Constitution

29 See in *Official Gazette*, No. 37971 of 1 July 2004. See the text in Allan R. Brewer-Carías, *Régimen legal de la nacionalidad...op. cit. pp. 160 ff.*

30 A complete and important Declaration of Rights of Migrants has been incorporated in the International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families, Adopted by the General Assembly at its 45th session on 18 December 1990 (A/RES/45/158).

31 See Carlos Ayala Corao, ‘Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela’ in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Konrad Adenauer Stiftung: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia 2013.

also grants to aliens aged or above the age of 18, provided they are not subject to political impediment or to civil interdiction and can demonstrate over 10 years of residency in the country. Similarly, Article 51 of Organic Law reiterates that ‘except for the conditions specified in the Constitution and the laws, political rights are restricted solely to Venezuelans.’

Other political rights enumerated in the Constitution and reserved only to citizens and therefore not applicable to aliens are as follows:

- right to political participation (Articles 62 and 70);
- right to vote, except that aliens can vote in parish, county and federal state elections (Article 63);
 - right to participate in referendums (aprobatory, abrogatory or recall referendums) (Article 71 and sections thereof);
 - right to hold public posts (Article 65);
 - right to request accountability to those elected (Article 66);
 - right to be affiliated to political purposes (Article 67) and right to public demonstration (Article 68).

4.2. Particular Reference to the Freedom of Movement and Residence

Article 50 of the Constitution enshrines everyone’s freedom of movement by any means throughout the national territory, the freedom to change his or her domicile and residence, to leave and return to the Republic, to move his or her goods or belongings within the country and to bring his or her goods into or remove them from the country, subject only to such limitations as may be prescribed by law. This freedom applies to nationals and foreigners.

In addition, on the matter of freedom of movement and residence, it is worth mentioning the provision included in the 1969 *American Convention on Human Rights*, which was ratified by all Latin American countries except Cuba, and that was in force in Venezuela until the government withdrawal in 2012, albeit through unconstitutional means,³² which sets forth the following provisions that according to the declarations set forth in Constitution applies in Venezuela:

Article 22 Freedom of Movement and Residence³³

1. Every person lawfully in the territory of a State Party has the right to move about in it, and to reside in it subject to the provisions of the law;
2. Every person has the right to leave any country freely, including his own;
3. The exercise of the foregoing rights may be restricted only pursuant to a law to the extent necessary in a democratic society to prevent crime or to protect

32 Available at https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf.

33 Tributary Unit’ is a Reference Value established according to the Organic Code on Taxation, in order to adjust fines to inflation.

national security, public safety, public order, public morals, public health, or the rights or freedoms of others;

4. The exercise of the rights recognized in paragraph 1 (to move) may also be restricted by law in designated zones for reasons of public interest;

5. No one can be expelled from the territory of the state of which he is a national nor be deprived of the right to enter it;

6. An alien lawfully in the territory of a State Party to this Convention may be expelled from it only pursuant to a decision reached in accordance with law;

7. Every person has the right to seek and be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offenses or related common crimes;

8. In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions;

9. The collective expulsion of aliens is prohibited.

4.3 Particular Reference to the Right to the Effective Protection by Court

On the other hand, and in an express way, Article 15 of the *Aliens and Migrants Law* guarantees aliens the right to be judicially and effectively protected against all acts of any authority that could concern or affect their alien condition. The same provision of Article 15 of the Organic Law declares that in all administrative procedures applicable to aliens, the guarantees foreseen in the Constitution and in the 1982 Organic Law on administrative procedures must be observed, especially with regard to the publication of decisions, the right to self defense, the hearing of the interested party and the explanation of the motives justifying the decisions. Additionally, all administrative resolutions adopted in relation to aliens are, as in general administrative acts, essentially reviewable, in conformity with the Organic Law regulating administrative procedures where applicable.

4.4 Migrant's Duties

According to Article 14 of Organic Law, aliens residing in the territory of the Republic, without prejudice of the duties and obligations imposed by the Constitution and the Statutes, must comply with requirement:

- of self-identification, residence and address in Venezuela;
- to present identification documents to the designated authorities any time they are asked to do so, although said documents may not be retained by the authorities;
- to register in the National Registry of Aliens at the Ministry of the Interior and Justice, within the 30 days following their arrival, when entering the territory of the Republic as temporary migrants or upon acquiring the category of permanent migrant.

- to file, before the civil authority at the respective place of domicile, the certificates, duly legalized or along with the apostils, proving marital status, informing in particular about any change of domicile or residence, especially when the alien in question are temporary and permanent migrants;
- to carry documentation, such as the visa, or any other comparable document, authorizing their presence in the territory of the Republic;
- to appear before the competent authority within the timeslot allotted when legally summoned.

5 *Disciplinary Administrative Regime applicable to Aliens*

5.1 Administrative Sanctions

Any failure by aliens to comply with the obligations foreseen in the *Aliens and Migrants Law*, as stated in Article 35, shall be penalised by the Ministry of the Interior and Justice, applying the following sanctions: admonishment, fines or the deportation from the territory of the Republic. For such purpose, a 72-hour hearing must be initiated, to determine the applicable penalty pursuant to the severity or recurrence of the infringement.

Those upon whom the sanctions are imposed shall be granted a period of five working days to file recourses, exceptions and defences according to the Organic Law of Administrative Procedures.

5.1.1 *The Fines*

The fines that can be imposed, as listed in Article 36, are as follows:

- on aliens for failing to fulfil the obligation to register with the National Registry of Aliens and to notify the authorities about their place of domicile, their marital status, or about any change of domicile or residence, as provided in Article 14 of Organic Law, a fine of ten Tributary Units (10 U.T.);³⁴
- on natural persons or corporations referred to in Articles 24, 25 and 26 of Organic Law for infringing on the obligation to inform the Migration authorities about hiring or employing aliens, a fine of fifty tributary units (50 U.T.);
- on any employer who hires illegal aliens for the rendering of a specific service, a fine of two hundred tributary units (200 U.T.).

34 See Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010; *Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

The fines, once imposed, must be paid within the eight days of the notification, failing which the procedure foreseen in the Organic Tax Code to collect them shall be applied (Article 37).

5.1.2 *Deportation and Expulsion of Aliens*

Among the sanctions that can be imposed upon aliens, Organic Law distinguishes between deportation and the expulsion of aliens.

Aliens shall be subject to deportation from the territory of the Republic pursuant to Article 38 of Organic Law for the following offenses:

- for entering the territory of the Republic without the corresponding visa;
- for failing to comply with the requirement of the labour authorisation, having entered the territory of the Republic to perform specific work;
- for failing to comply with the obligation to renew the visa within the period specified in the Regulations of Organic Law;
- for performing activities distinct from those they were hired for and in a different jurisdiction from the one for which they secured authorisation;
- for having refused to pay up the fine more than two times to the competent authority concerned with aliens and migration.

Aliens shall be subject to expulsion from the territory of the Republic pursuant to Article 39 of Organic Law in the following cases:

- for having fraudulently obtained or renewed the visa authorizing their entry or residence in the territory of the Republic;
- for the production, distribution or possession of drugs and psychotropic substances or other related activities;
- for facilitating the legal or illegal entry of other aliens under fraudulent work contracts, visas or work authorizations;
- for compromising the security and defense of the Republic, for disrupting public order or for infringing upon human rights laws, upon International Humanitarian Law or the provisions contained in the international instruments to which the Republic is party.

According to Article 40 of Organic Law, competent authorities with knowledge of possible deportation or expulsion situations have the duty to notify the Ministry of the Interior and Justice without undue delay to initiate the administrative procedure in a timely manner.

5.2 The Procedure

5.2.1 *The Opening of the Administrative Procedure*

In order to carry out the deportation or expulsion, the Ministry of the Interior and Justice can proceed *ex officio* or at a request filed by any entity (Article 41).

Once the competent authority within the Ministry of the Interior and Justice receives information about the deportation or expulsion of an alien, it shall formally order the opening of the corresponding administrative procedure, of which the affected alien must be informed within 48 hours of the start of the said procedure following the notification rules laid out in the Administrative Procedures of Organic Law.

According to Article 42, said notifications must clearly indicate the facts underlying these proceedings, as well as the alien's right to have access to the administrative file and the required time necessary to examine it, if necessary, with the assistance of a trusted lawyer.

5.2.2 Precautionary Measures

In the order to ensure the successful implementation of the deportation or expulsion process, the following precautionary measures set out in Article 46 of Organic Law shall be applied by the competent authority once the relevant administrative procedure is opened:

- periodical reporting to the competent authority on aliens and migration;
 - prohibition from leaving the location of residence without the corresponding authorization;
 - providing adequate monetary bail based on the financial status of the alien;
- transfer to a specified location while the administrative procedure lasts;
 - other relevant measures for guaranteeing the implementation of the decision of the competent authority, as long as said measures do not entail denial or restriction of the right to personal freedom.

Such precautionary measures, when applied, shall remain in force only for 30 days, starting from the date of the decision.

5.2.3 The Oral Hearing before the Competent Authority

In order to open the aforementioned administrative procedure, the competent authority must also order the notification of the respective alien, who must appear before it for the oral hearing on the third working day following the receipt of notification. The alien shall then file a plea for defense and provide the necessary evidence (Article 43). This oral hearing can be postponed for up to three working days if so requested by the respective alien in a petition that must be duly justified.

During the oral hearing, the alien be permitted to receive the assistance of a trusted lawyer; and an interpreter will be assigned in case the alien does not speak Spanish or cannot communicate verbally in that language

If the respective alien requests the status of refugee during the public hearing, the matter shall be handled according to the procedure established by the Organic Law of Refugees and Asylees.

5.2.4 *The Administrative Decision*

The competent authority shall decide on the matter within 72 hours of the oral hearing and notify in writing according to the provisions of Organic Law (Article 44), in which the term for its compliance must be indicated (Article 50).

The decision of deportation or expulsion must be notified to the respective alien within 24 hours; it must contain the complete text of the administrative act indicating the recourses that can be filed against it, the lapse to file it and the entities or courts before which they must be introduced.

The interested alien can file an appeal before the Ministry of the Interior and Justice within five working days of the decision, which the Ministry shall through a administrative act that must explain its motives, and that must be issued within two working days of the filing (Article 45 of Organic Law).

The administrative decision ordering the deportation or expulsion of aliens must determine a timeframe for its fulfilment or execution, which shall only begin once all the administrative or judicial recourses have been exhausted, following which the deportation or expulsion shall be considered definitive (Article 44).

In case of failure to comply with the term fixed in the administrative measure on deportation or expulsion (Article 50) to leave the territory of the Republic, the alien shall be taken to the departure terminal intended for this purpose where the competent authority shall enforce deportation (Article 50).

5.3 The Administrative Consequence of the Deportation or Expulsion Measure

The main legal effect of the order of deportation and expulsion of aliens issued by the Ministry of the Interior and Justice is that through a Resolution containing its motives and justification, the visa or document authorizing entry or residence in the territory of the Republic is revoked (Article 48).

5.4 Rights of Aliens in Deportation or Expulsion Cases

5.4.1 *The Right to Move Acquired Possessions*

Aliens subjected to deportation or expulsion measures who possess legally acquired goods, are allowed the time period of a year –from the date the measure is finalised – to move and or to place them in safety. The move can be arranged by themselves or through a representative or attorney duly authorized, whereby an authenticated document to that effect is drawn out (Article 47).

5.4.2 *The Right to Receive Labour Benefits*

According to Article 49 of Organic Law, alien workers subjected to deportation or expulsion measures have the right to receive the salaries, social services and all the benefits provided for in Organic Law in regulations concerning labour relations, collective trade unions instruments and other social laws applicable about the labour relation.

6 *Criminal Offences and Liability Systems regarding Aliens*

6.1 The Offences

The following offences are regulated in the sections governing aliens and migration in Organic Law :

- facilitating illegal entry, established in Article 52, according to which every person who facilitates or allows the illegal entry of aliens (female and male) into the territory of the Republic can be punished with a prison sentence of four to eight years;
- facilitating illegal entry in the case of public officials, whereby Article 59 of Organic Law stipulates that the public official or police or military authority who, for any reason, permits or induces, by action or omission, the entry or departure of people from the territory of the Republic in either a clandestine manner or by way of fraud committed by the immigration authorities shall be penalized with a prison sentence of four to eight years, and will be barred from public service for ten years;
- alien labour exploitation, established in Article 53 of Organic Law, according to which a prison sentence of four to eight years is to be imposed on ‘those who hire aliens (female and male) whose residence in the territory of the Republic is illegal, in order to exploit them as workforce under conditions that might harm, suppress or limit the labour rights recognized by legal dispositions, collective agreements or individual contracts’. The same punishment is to be imposed on those who by simulating a contract or collocation, or by way of a similar deception, wrongly approve or favour the migration of a person to another country;
- illicit immigration, established in Article 55 of Organic Law, according to which everyone who fosters or permits by any means illicit immigration of aliens into the territory of the Republic will be punished with a prison sentence of four to eight years;
- illegal trafficking of people pursuant to Article 56 of Organic Law, according to which prison sentences of four to eight years will be given to the natural person and the representatives of the corporation who, by action or omission, promote or mediate the illegal trafficking of people in transit or with destination in the territory of the Republic.

As laid out in Article 57 of Organic Law with respect to ‘aggravating circumstances’, a prison sentence of eight to ten years shall be imposed on those who derive profit through violence, intimidation, deceit, or by taking advantage of the need, vulnerability and gender of the victim.

Likewise, for all the aforementioned offences (Articles 52, 53, 54, 55, 56), Article 58 of Organic Law stipulates that the corresponding sentences shall be augmented in a proportion equivalent to the half of the superior prison term, when the perpetration of such events, place the life, health or integrity of the persons in jeopardy.

6.2 Criminal Liability of Corporations

According to Article 54 of Organic Law, when events provided for in Articles 52 (Facilitation of Illegal Entry) and 53 (Alien Labour Exploitation) of Organic Law are imputed to corporations, the sentence shall be imposed on the administrators or on individuals in charge who were responsible for those deeds, who had the knowledge, would have been able to resolve the problem, but took no action in that regard.

CONCLUSION

In Venezuela, having been in the past a country of immigrants, a complete regulatory system has been established in order to regulate the status and the legal rights and duties of Aliens, and particularly, of those Migrants Aliens that chose to stay and live in the country, as well of those that seek refuge in Venezuelan soil as Refugees and Asylees.

That legal system was effectively applied in the past, when the political system of the country was ruled by democratic principles, admitting foreigners as permanent residents or as asylees of refugees.

Unfortunately, the authoritarian regime that took over the political system in Venezuela since 2000, progressively destroying and erasing democratic principles, the rule of law and the system of separation of powers,³⁵ has converted the very detailed legal regime referred to Aliens and Migrants, in a loose one, applied by authorities not always acting according to the rule of law, even granting, for political convenience, citizenship to foreigners that have never been physically in the country, as has been repeatedly reported during the past years.³⁶

On the other hand, the former country of immigrants that always had been Venezuela, in the past few years due to the critical economic and social situation of the country, consequence of the erroneous destructive economic policies applied by

35 See for Instance Scott Zamost, Drew Griffin, Kay Guerrero and Rafael Romo, CNN Investigations, 'Venezuela may have given passports to people with ties to terrorism,' *CNN World*, February 14, 2017, available at: <https://www.cnn.com/2017/02/08/world/venezuela-passports-investigation/index.html>; Robert Spencer, 'Venezuela Selling Passports To Iraqis, May Have Sold Them To Jihadis,' in *Jihad Watch*, Feb 9, 2017, available at <https://www.jihadwatch.org/2017/02/venezuela-selling-passports-to-iraqis-may-have-sold-them-to-jihadis> ; Martin Rodil, ' Venezuelan VP Tareck El Aissami Is Bad News,' in *Fobres*, March 20, 2017, available at <https://www.forbes.com/sites/realspin/2017/03/20/venezuelan-vp-tareck-el-aissami-is-bad-news/#7aefe5602050>

36 See for Instance the recent news about half a million Venezuelans that have migrated to Colombia in only the month of February 2018, in 'Venezuela, El 'exodo masivo en Venezuela ya es comparable con el registrado en Siria y Myanmar,' en *Infobae*, March 19, 2018, available at <https://www.infobae.com/america/venezuela/2018/02/16/el-exodo-masivo-de-venezuela-ya-es-comparable-con-el-registrado-en-siria-y-myanmar/>

the authoritarian government, has been converted in a country or migrants forcing many Venezuelans to seek for refuge or asylum abroad.³⁷

LIST OF REFERENCES

- Ayala Corao, Carlos, 'Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela' in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Konrad Adenauer Stiftung: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia 2013.
- Brewer-Carías, Allan R., *El régimen jurídico administrativo de la nacionalidad y ciudadanía venezolanas*, Instituto de Derecho Público, Vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1965.
- Brewer-Carías, Allan R. *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente)*, (Vol. II), Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.
- Brewer-Carías, Allan R. , *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana,(2 vols) Caracas 2004.
- Brewer-Carías, Allan R. *Régimen legal de la nacionalidad, ciudadanía y extranjería. Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Ley de Extranjería y Migración, Ley Orgánica sobre Refugiados y Asilados* (Colección Texto Legislativos N° 31, 1ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005.
- Brewer-Carías, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2 vols), Caracas 2008.
- Brewer-Carías, Allan R. *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.
- Brewer-Carías, Allan R. *Las declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811 (Bicentenario de la Declaración de "Derechos del Pueblo" de 1º de julio de 1811 y de la "Declaración de Derechos del Hombre" contenida en la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 21 de diciembre de 1811)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011.
- Brewer-Carías, Allan R., *Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/New York 2014.
- Brewer-Carías, Allan R., *Legal Situation of Migrants in Venezuela (La situación jurídica de los migrantes)*, National Report for the XVII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2006. Available at www.allanbrewercarias.com (Section Reports, 2006).

* Jan KLEINHEISTERKAMP, Senior Lecturer, Department of Law, London School of Economics; Visiting Professor at the University Panthéon-Assas - Paris II.

Schwarz, Tobias “‘I won’t naturalize foreigners like crazy’: The Naturalization Campaign in Venezuela, 2004-2006,” in *European Review of Latin American and Caribbean Studies Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, No. 101 (2016) April, pp. 33-54. Available at: <https://www.erlacs.org/articles/10.18352/erlacs.10093/galley/10635/download/>

Laws:

Aliens and Migration Organic Law of 2004, in *Official Gazette* N° 37944 of 24 May 2004.

Refugees and Asylees Organic Law, *Official Gazette* No. 37296 of 3 October 2001.

§ 6. VENEZUELA: THE END OF FEDERALISM?

*In coauthor ship with Jan Kleinheisterkamp**

*National Report on Venezuela, written for
the Congress one “Uniform Law and its
impact on National Laws and Possibilities”,
Intermediary Congress of the International
Academy of Comparative Law, Ciudad de
Mexico 13-15 November 2008**

1. OVERVIEW OF THE HISTORY AND DEVELOPMENT OF THE FEDERAL SYSTEM IN VENEZUELA

Venezuela was the first Latin American country to gain independence from the Spanish Crown in 1810. A general congress of representatives of the former colonial provinces of the *Capitania General de Venezuela* enacted on 21 December 1811 the Federal Constitution for the States of Venezuela, the first constitution on the South American continent. This Constitution followed the general principles of modern constitutionalism derived from the North American and French Revolutions, such as the republican system; supremacy of the constitution paired with constitutional judicial control; organic separation of powers; territorial distribution of power; and declaration of fundamental rights. The 1811 Constitution established a federal form

* Published in “Daniel Halberstam and Mathias Reimann (Editors), *Federalism and Legal Unification: A Comparative Empirical Investigation of Twenty Systems*, Springer, London 2014, pp. 523-543.

of government. Venezuela was thus the second country after the United States of America to adopt a federal system, which enabled the construction of an independent state that united the former colonial provinces. Today, the territory of the republic is divided into 23 states, a Capital District (that covers parts of the city of Caracas), and federal dependencies that comprise the islands located in the Caribbean Sea. The municipalities with jurisdiction in Caracas are organized in a Metropolitan District (*Distrito Metropolitano*), with a two tier municipal government.

Following a period of dissolution in Simon Bolivar's *Gran Colombia* as of 1821, the "State of Venezuela" re-emerged as a separate country in 1830 with a rather mixed (centralized-provincial) form of government, but lived intense struggles between the central region and provincial forces. This period ended three decades later with a 5-year "Federal War" (1858-1863), from which the Federation re-emerged with the establishment of the United States of Venezuela (1864). From that moment on, the form of government in Venezuela has always been federal, at least on paper. During the second half of the nineteenth century, successive civil wars led to various constitutional reforms in which the federal system of government was kept, yet with a progressive tendency of centralization regarding numerous elements that historically had characterized the federal system. For instance, regarding unification of laws, the states accepted in the 1864 Constitution, as part on the "Basis of the Union", "to have for all of them one same substantive legislation on criminal and civil matters".¹ In 1881, the words "the same laws on civil and criminal procedure" were added.² Accordingly, the Civil, Criminal, and Commercial Codes, but also the Codes of Civil and Criminal Procedure have always been federal laws.

During the first half of the twentieth century, dominated by autocratic regimes, Venezuela saw a continued process of centralization in the fields of the military, administration, taxation and legislation. The territorial distribution of power and territorial autonomy of the component states had almost disappeared, in spite of the Constitutions' continuing formal proclamations of federalism.³ The second half of the twentieth century was characterized by democratization,⁴ especially under the constitution of 1961, which upheld the federal form of government, albeit with highly centralized powers at the national level. A political decentralization process sparked by the democratic practice began in 1989 with the transfer of powers from

1 Article 13 n° 22 *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela* of 22 April 1864. The texts of all the Venezuelan Constitutions are published in A.R. Brewer-Carías, 1-2 *Las Constituciones de Venezuela* (Caracas 2008).

2 Article 13 n° 19 *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela of 27 April 1881*.

3 See also J. de Galíndez, "Venezuela: New Constitution", *American Journal of Comparative Law* 3: 81-82 (1954): "Only in theory does Venezuela continue to be a federal republic".

4 See M. Kornblith, "Constitutions and Democracy in Venezuela", *Journal of Latin American Studies* 23: 61, 63 (1991).

the central government to the federal states.⁵ For the first time since the nineteenth century, the governors of the federal states were elected directly,⁶ and regional political life began to play an important role in the country.

Hugo Chavez, a former military officer whose *coup d'etat* had failed in 1992 and who was elected as the President of the Republic in 1998, convened a National Constituent Assembly that sanctioned today's Constitution, which was submitted to a referendum in 1999.⁷ This 26th Constitution of Venezuela has caused the pendulum to swing back. Instead of undertaking the changes needed for reinforcing democracy, namely the effective political decentralization of the federation and the reinforcement of state and municipal political power, it re-launched the centralization process under an authoritarian government.⁸

20.2 Federal Distribution and Exercise of Lawmaking Powers

20.2.1 Areas of Law Subject to (Legislative) Jurisdiction of the Central Authority

1. 20.2.1.1 Matters Attributed to the Central Government

Article 156 of the Constitution of 1999 enumerates all the areas of jurisdiction of the *Poder Público Nacional*, i.e., the central public power in Venezuela. As regards the legislative jurisdiction, Article 165 n° 32 explicitly provides that the central authority (National Assembly) has jurisdiction for the legislation in the areas of:

- Constitutional rights, obligations and guarantees;*
- Civil law, commercial law, criminal law, the penal system, procedural law and private international law;*
- Electoral law;*
- Expropriations for the sake of public or social interests;*

Public credit;*

- Intellectual, artistic, and industrial property;*

5 For the political background of this decentralization reform and its impact on the political scene in Venezuela, see M. Penfold-Becerra, "Federalism and Institutional Change in Venezuela", in: E.L. Gibson (ed.), *Federalism and Democracy in Latin America* 197-225 (Baltimore 2004). See also Point 20.2.2.1, below.

6 See *infra* note 30.

7 See on the 1999 constitution-making process: A.R. Brewer-Carías, "The 1999 Venezuelan Constitution-Making Process as an Instrument for Framing the development of an Authoritarian Political Regime," in: L.E. Miller (ed.), *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, 505-531 (Washington 2010).

8 See A.R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chavez Authoritarian Experiment (Cambridge 2010)*.

- Cultural and archeological treasures;*
- Agriculture;*
- Immigration and colonization⁹;*
- Indigenous people and the territories occupied by them;*
- Labor and social security and welfare¹⁰;*
- Veterinary and phytosanitary hygiene¹¹;*
- Notaries and public registers;*
- Banks and insurances;*
- Lotteries, horseracing, and bets in general;*
- The organization and functioning of the organs of the central authority and the other organs and institutions of the state.¹²*

Article 156 n° 32 also specifies that the central authority also has legislative jurisdiction for all matters of “national competence”, i.e., for the implementation of all other matters enumerated in Article 156 n°s 1-31. In this list, the power to legislate is explicitly attributed to the central authority (National Assembly) for the following matters¹³:

- Those related to the armed forces (n° 8)* and civil protection (n° 9)¹⁴;
- Monetary policies (n° 11);*
- The coordination and harmonization of the different taxation authorities; the definition of principles, parameters, and restrictions, and in particular the types of tributes or rates of the taxes of the states and municipalities; as well as the creation of special funds that assure the inter-territorial solidarity (n° 13);
- Foreign commerce and customs (n° 15);*

9 See also Article 156 n° 4: “the naturalization and the admission, extradition and expulsion of foreigners”; Article 38.

10 See also Article 156 n° 22: “the regime and organization of the social security system”.

11 “See also Article 156 n° 23: “the legislation in matters of ... public health [and] food safety... “

12 See also Article 156 n° 31: “the national organization and administration of justice, the Ministerio Público and the Defensoría del Pueblo”.

13 See TSJ Sala Constitucional, decision n° 565 of 15 April 2008, file n° 07-1108, where the Supreme Tribunal interpreted the word “regimen” found in some of the provisions in Article 156 as indicating the power to legislate. See in 114 *Revista de Derecho Público*, 154-170 (2008).

14 See also Articles 328-332.

- Mining and natural energy resources (hydrocarbon)¹⁵; * fallow and waste land; and the conservation, development and exploitation of the woods, grounds, waters,¹⁶ and other natural resources of the country (n° 16)¹⁷;
- Standards of measurement and quality control (n° 17);*
- The establishment, coordination, and unification of technical norms and procedures for construction, architecture, and urbanism, as well as the legislation on urbanism (n° 19);*
- Public health, housing, food safety, environment,¹⁸ water, tourism,¹⁹ and the territorial organization (n° 23);
- Navigation and air transport, ground transport, maritime and inland waterway transport (n° 26)²⁰;
- Post and telecommunication services and radio frequencies (n° 28);*
- Public utilities such as especially electricity, potable water, and gas (n° 29).²¹
- Furthermore, the Constitution attributes to the central authority the powers to:
 - Conclude, approve, and ratify international treaties (Article 154);*
 - Legislate on antitrust and the abuse of market power (Articles 113 and 114).*

2. 20.2.1.2 Nature of the Jurisdiction Attributed to the Central Government

The Constitution does not expressly specify whether the central authority (National Assembly) has exclusive powers in these areas or whether the legislative powers are shared with the component states and the municipalities. The exclusive character of legislative powers has to be determined by interpretation for each of them separately. All of the areas of “general legislation” enumerated in Article 156

15 “For the exclusive nature of the central authority's legislative power over the natural energy resources see in more detail the text accompanying note 37, below.

16 See also Article 304, which provides that all waters are property of the Republic and that the law establishes the necessary provisions in order to guarantee their protection, exploitation, and recovery.

17 Contrast with n° 23 (environment and water in the context of public health, housing and food safety).

18 See also the concurrent power in this area of the municipalities, Article 178 n° 4.

19 For the concurrent nature of this power, see TSJ Sala Constitucional decision n° 826 of 16 May 2008, file n° 08-0479.

20 See also Article 156 n° 23: “the national policies and the legislation in matters of navigation”.

21 See Article 164 n° 8, which attributes “exclusive” power to the states for “the creation, regulation, and organization of public utilities of the states”.

n° 32 can be considered to be of the exclusive power of the central authority, together with those other areas mentioned above that are marked with an asterisk (*), or those others where the central authority has already legislated.²² Neither the component states nor the municipalities may legislate in these areas.²³ In all other areas that belong to the concurrent powers shared between the central government and the component states and the municipalities, the National Assembly always retains the power to enact “basic laws” (“*leyes de base*”), which establish the framework that must be respected by the component states when enacting local “laws of development” (“*leyes de desarrollo*”), Article 165(1).²⁴

Article 156 can be considered the most important source specified in the Constitution that authorizes central government regulation. On its basis, practically all important areas of government are covered by central legislation. In summary, it seems fair to say that the central authority (National Assembly) has legislative jurisdictions in all areas of law, either for enacting central legislation or for enacting framework laws.

20.2.2 Areas of Law Remaining to the (Legislative) Jurisdiction of the Component States

3. 20.2.2.1 Overview

Article 164 enumerates a list of matters that are formally designated to be of the “exclusive jurisdiction” of the component states. This designation, however, is misleading since none of these matters can be regarded as truly exclusive,²⁵ especially not as concerns the legislative powers.

Article 164 partially integrates the provisions of the “Decentralization Law” of 1989,²⁶ which already provided for the transfer of powers to the states. But different

22 Cf. A.R. Brewer-Carías, “La descentralización política en la Constitución de 1999: federalismo y municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva)”, 7 *Provincia* 7, 29-31 (2001).

23 See, e.g., for the exclusivity of the federal jurisdiction for matters related to retirement and pensions on the basis of Article 156 n° 32, TSJ Sala Constitucional, decision n° 518 of 1 June 2000, file n° 00-0841; decision n° 1452 of 3 August 2004, file n° 02-2585.

24 See also Exposición de Motivos de la Constitución (*the official justification of the 1999 Constitution*): “As regards to the concurrent powers, the Constitution adopts the experience of comparative law on decentralization and it provides that national laws have the nature of basic laws, in which general, basic, and guiding concepts are laid down; and that state laws are laws developing these basic principles, which allows for better conditions for the delimitation of competences”; G.O. n° 5908 Extra of 19 February 2009.

25 Cf. Brewer-Carías, *supra* note 22 at 29.

26 *Ley Orgánica para la Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público*, G.O. n° 4153 of 28 December 1989. See on this law see A.R. Brewer-Carías, “Bases legislativas para la descentralización política de la

from Article 164 of the 1999 Constitution, Article 11 of the Law of 1989 had provided explicitly that the states would have the power to legislate on these matters.²⁷ With the entry into force of the 1999 Constitution, the states' pretensions to legislate in their areas of exclusive powers have been rejected and subordinated to national legislation.²⁸ The constitutional provision in Article 158, which establishes that decentralization is a national policy, has been ignored by the central government and the “Decentralization Law” despite having been reenacted with virtually no changes in 2003 and again in 2009,²⁹ and can be considered dead letter.³⁰

4. 20.2.2.2 Nature of the Jurisdiction Attributed to the Component States

The only true legislative power of the component states is to organize their own constitutional structure by adopting their own constitutions (Article 164 n° 1) “in accordance with this [federal] Constitution”. This provision limits this power of self-organization, since the federal constitution imposes a general organizational structure on the component states and establishes uniform rules for the state governors (Articles 159-163, and 166).³¹ Moreover, the 1999 Constitution deprives

federación centralizada (1990: El inicio de una reforma)”, in *idem* (coord.) et al., *Leyes para la Descentralización Política de la Federación* 7-53 (Caracas 1990).

- 27 Article 11, sole paragraph, of the Law of 1989 reads: “Until the states assume these powers through specific legislation, enacted by the respective legislative assemblies, the presently existing legislation continues in force”.
- 28 See, e.g., *Dictamen de la Procuraduría de la República*, Oficio N° D.A.G.E. 000019 of 20 October 2000, available at <http://www.pgr.gob.ve/PDF/Dictámenes/CONSTITUCIONAL.pdf>, which rejects the possibility that the states can establish the legislative basis for the conservation, administration and exploitation of the national highways on the basis of Article 164 n° 10, and suggesting that, until a national law is enacted, the states and the federal government should conclude cooperation agreements. On these matters, the TSJ, Sala Constitucional Decision n° 565 of 15 April 2008, has eliminated the “exclusive” character of the states' jurisdiction, transforming it into a “concurrent” jurisdiction, available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>
- 29 G.O. n° 37753 of 14 August 2003; G.O. n° 39140 of 17 March 2009.
- 30 J. Sánchez Meléan, “Pasado, presente y futuro de la descentralización en Venezuela”, 9 *Provincia* 20, 26 (2002); A.R. Brewer-Carías, “La descentralización política. Un modelo de Estado,” in: F. Otamendi Osorio, T. Straka, & Grupo Jirahara (eds.), *Venezuela: República democrática* (Barquisimeto 2011), 645-673.
- 31 Cf. TSJ Sala Constitucional, decision 1182 of 11 October 2000, file n° 00-1410: “It is therefore clear that the states are constitutionally privileged by the principle of autonomy for the organization of their public power; however, it has to be understood that this autonomy is relative and therefore subject to numerous restrictions established by the Constitution and the Law”. See also note 23 above. For the central regulation of the state governors see also Articles 22-32 of the “Decentralization Law” of 1989 and 2003, according to which, *inter alia*, state governors can be removed for “repeated disobedience of orders or decisions by the President of the Republic” (Article 31); for harsh criticism see A. Hernández Becerra, “Nivel territorial

the component states of establishing in their respective state constitutions the rules of organization and functioning of their legislative assemblies, which are instead governed by a federal law of the central authority (Article 162 *in fine*)³² as well as the basic legislation on public Administration and public servants, which has also been enacted by the central authority.³³ The only exclusive legislative powers remaining with the component states thus concern the specific legislation on the details of the organization and functioning of the governors' office and states' administrative organization.³⁴

The two other items of Article 164 which make reference to legislative powers by referring to the component states' right to enact a “*régimen*”, which could be understood as conferring legislative powers,³⁵ are:

- The exploitation of non-metallic minerals that are not reserved to the central authority, salt mines and oyster beds (n° 5);
- The public utilities of the component states (n° 8).

The first of these two areas is - despite being labeled as an “exclusive power” of the component states by Article 164 - by and large only a concurrent power, since the central authority retains the power over “the mines and natural energy resources (hydrocarbon) ... and the conservation, development and exploitation of the ... grounds ... and the other natural treasures” according to Article 156 n° 16.³⁶ It follows from this provision, read in conjunction with Article 164 n° 5, that especially the exploitation of natural energy resources (hydrocarbon) - i.e. gas and petrol, the dominant source of income of Venezuela - are of exclusive jurisdiction of the central authority and subjected to the legislation enacted by the National Assembly.³⁷ Only the administrative procedures for the exploitation of non-precious

intermedio en Colombia y Venezuela”, 15 *Provincia* 95, 105 (2006), but it has to be noted that prior to 1989, state governors were directly appointed by the President.

32 *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*, G.O. N° 37282 of 13 September 2001.

33 *Ley Orgánica de la Administración Pública*, G.O. N° 5890 Extra of 31 July 2008; *Ley del Estatuto de la Función Pública*, G.O. N° 37522 of 6 September 2002.

34 Cf. Brewer-Cariás, *supra* note 22 at 27.

35 For the meaning of “*régimen*” in the constitutional catalogues of jurisdictions see note 13 above.

36 This constitutional provision thus undermines Article 11 n° 2 of the 1989 Decentralization Law (note 26 above), which provided that “in order to promote the administrative decentralization and according to the provision of Article 137 of the Constitution [of 1961] the following matters are transferred to the exclusive jurisdiction of the States:... the legislation, administration and exploitation of stones for construction and decoration or of any type other than precious ... of the earthy substances, the salt-mines and the pearl producing oyster banks”.

37 The total control of the central authority over gas and petrol resources is complemented by Article 156 n° 16(3), which provides that a federal law will establish a system of special economic attributions to the states in whose territory the exploited

stone, salt mines and oyster beds thus seem to fall under a genuine exclusive legislative jurisdiction of the states.³⁸ Furthermore, the second of the areas enumerated above (public utilities) is also merely a shared competence, since Article 156 n° 29 provides that the “general legislation” on the public utilities (at least those offered to the citizens at home) falls within the power of the central authority.

In summary, there are no relevant areas of law making that are reserved to the states.³⁹ If at all, they only have exclusive administrative powers in some areas. The states possess merely concurrent powers for some few areas in which they may enact legislation (see those items not marked with an asterisk (*) above Sect. 20.2.1).⁴⁰ In any event, all state legislation in matters of concurrent powers, which takes the form of “development laws” (*leyes de desarrollo*), is contingent upon the prior enactment of federal “basic laws” (*leyes de base*) (Article 165(1)). The latter set a binding framework for the former.⁴¹ Article 165(1) commands that such federal “basic” framework laws have to respect the principles of interdependency, coordination, cooperation, shared responsibility and subsidiarity.⁴² Yet this will not prevent the federal authority from also regulating specific details, at least as long as

resources are found, yet without prejudice to the possibility to also establish special attributions in favor of other states, which means that the central authority has broad discretion in its decisions regarding at least gas and petrol.

- 38 For the exclusivity of the jurisdiction over salt mines, albeit only in a conflict between a state and a municipality see TSJ Sala Constitucional, decision n° 78 of 30 January 2001, file n° 00-1556 (“una competencia originaria de los [Estados] ... una competencia natural y exclusiva”). For such a state law see *Ley de Régimen, Administración y Aprovechamiento de Salinas y sus Productos del Estado Sucre*, *Gaceta Oficial Extraordinaria del Estado Sucre* n° 10 of 29 November 1993.
- 39 Brewer-Carías, *supra* note 22 at 29; K.S. Rosenn, “Federalism in the Americas in a Comparative Perspective”, *University of Miami Inter-American Law Review* 26: 1,16 (1994).
- 40 See also Article 15 of the *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*, G.O. 37282 of 13 September 2001, whose enumeration of the powers of the state parliaments, other than the power to enact and amend a state constitution and (restricted) budgetary laws, essentially mentions only the legislative power to enact “development laws” within the framework of federal “basic laws”.
- 41 For a case in which a state claimed to be unable to legislate on matters of concurrent powers because the National Assembly had not yet enacted the necessary federal laws see TSJ Sala Constitucional, decision n° 3203 of 25 October 2005, file n° 02-2984. See also A.R. Brewer-Carías, “Centralized Federalism in Venezuela”, 43 *Duquesne Law Review* 629, 639 (2005).
- 42 Cf. TSJ Sala Constitucional, decision 843 of 11 May 2004, file n° 03-1236, where the Supreme Tribunal affirms *obiter* that “the concurrent powers ... have to be previously delimitedated by a basic national law; ... only the national legislator has the power for enacting basic regulatory laws (according to the principles of interdependency, coordination, shared responsibility and subsidiarity) in the areas of concurrent powers”; this is reaffirmed in TSJ of 15 April 2008, *supra* note 13, on the relation between Articles 156 n° 26 and 164 n° 10 regarding highways.

such detailed federal regulation can be justified under the principle of subsidiarity, i.e., if a need for centralized and thus uniform legislation can be shown. Articles 164 and 165(1) therefore only guarantee a kind of minimum core of legislative power of the states in the areas of shared competences.⁴³ This minimum core is rather restricted in the light of the constitutional case law which tends to interpret the powers of the central authority broadly.⁴⁴

20.2.3 Allocation of Residual Powers

In line with the previous constitutions, the 1999 Constitution generally allocates residual powers with the states. Article 164 n° 11 provides that the states have “exclusive” powers “for everything that, according to this Constitution, is not allocated to the national or municipal power”. This general residual power is, however, undermined by two inverse attributions of residual power to the central authority. Article 156 n° 12 grants the central authority full control over all “other taxes, excises, and revenues not attributed to the states or the municipalities by this Constitution or the law”. Furthermore, Article 156 n° 33 provides for the jurisdiction of the central authority “in all other matters that correspond to it [the federal government] due to their nature or kind”. This provision has been copied from the 1961 Constitution, which was intended as an implicit powers clause in favor of the federal government.⁴⁵ The federal government's power is further strengthened by the Supreme Tribunal's willingness to accept inherent powers in favor of the national level.⁴⁶ In summary, the general residual power allocated to the states is a rather

43 See, e.g., TSJ Sala Constitucional, decision n° 2495 of 19 December 2006, file n° 02-0265, where the State of Carabobo claimed that Article 42 of the *Ley General de Puertos* (G.O. n° 73589 of 11 December 2002) violated its powers resulting from Article 164 n° 10 of the Constitution (which grants states the “exclusive” powers for the conservation, administration, and exploitation of commercial ports “in coordination with the national government”) because the federal law obliges the States either to establish an autonomous entity for the administration of each port or to grant concession to private entities for that task. The Supreme Tribunal rejected this argument, and interpreted Article 164 n° 10 as conferring merely concurrent powers, with the reasoning that such obligation is “justified” (it follows from the preceding discussion of federalism in general that this justification is made with regards to the principle of subsidiarity, although it is not specifically invoked) “by the general interest, which the Republic has to protect, in the effective and also efficient administration of decentralized public services... The reservation of the administration to a specialized entity safeguards that services are rendered optimally and it is in this line of reasoning that said provision is justified”.

44 See note 46 below and note 28 above, and also Point 20.4.1.1, below.

45 Cf. C. Ayala Corao, “Naturaleza y Alcance de la Descentralización Estatal”, in: A.R. Brewer- Carías et al. (eds.), *Leyes para la Descentralización Política de la Federación* 94 (Caracas 1990), referring to the *Exposición de Motivos* of the 1961 Constitution.

46 Cf. TSJ Sala Constitucional 15 April 2008 (note 13 above), affirming, with reference to Constitutional provisions on some public services of national interest, “that the central government [the “Administration”] has an implicit general power or general clause of public order to condition, limit, or interfere with the rights or liberties on the

theoretical one.⁴⁷ In practice, it seems that - in case of doubt - the presumption in favor of federal powers will virtually always prevail.

20.2.4 Conflicts Between Central and Component State Law

As mentioned above, the component states do not have any exclusive legislative powers. Any legislative activity by the states can thus only take place within the framework established by the “basic laws” (Article 165) that must have been enacted by the central government prior to the state's legislation.⁴⁸ By definition, these central “basic laws” must be superior to the state laws, since the latter have to remain within the framework of the former. Accordingly, in case of conflict between federal law and state law, the former will prevail.⁴⁹ The only - rather theoretical - hypothesis in which a state law could prevail over a federal law is when it can be shown that the central government did not respect the constitutional limits to its legislative powers, such as in particular the principle of subsidiarity of Article 165(1).⁵⁰

20.2.5 Law-Making Powers of Municipalities

According to Article 178 “[t]he powers of the Municipality are the governance and the administration of its interests and the management of the matters attributed to it by this Constitution and the national laws with respect to local life”. For such purpose, Article 174 provides that the government and administration of the municipalities is attributed to the mayors; and Article 175 assigns the legislative function to the *Consejos Municipales* (municipal councils), which they exercise

basis of the doctrine of inherent or implicit rights ... that allows [the interpreter]... to review the spirit of the provision attributing powers in such manner as to accept the existence of a power when this is the logical consequence of the legal provision and of the nature of the main activity exercised by the organ or entity”.

47 A.R. Brewer-Carias, *La Constitución y sus Enmiendas* 28 (Caracas 1991); *idem*, “El Sistema Constitucional Venezolano”, in D. García Belaunde et al. (eds.), *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos* 771, 778 (Madrid 1992); Rosenn, *supra* note 39 at 16; *see also* J.M. Serna de la Garza, “Constitutional Federalism in Latin America”, *California Western International Law Journal* 30: 277, 286 (2000): “the peculiar manner in which implicit powers have been understood, has created an additional instrument that can be used by the federal government to expand its powers”.

48 See text accompanying note 41 above.

49 *See, e.g.*, TSF Sala Constitucional, decision n° 1495 of 1 August 2006, file n° 05-2448 in which the Supreme Tribunal, upon request by the national *Defensorio del Pueblo* (Ombudsman) suspended temporarily the *Ley de Defensa y Seguridad Ciudadana* of the State of Zulia, G.O. of the State of Zulia n° 659 Extra of 24 May 2004, due to the potential incompatibility with the *Código Orgánico de Procedimiento Penal* and the constitutional guarantees of freedom by allowing police forces to arrest suspect persons for 48 h; a final decision is not yet published. For the legal analysis of constitutionality by the *Defensoría del Pueblo* see <http://www.defensoria.gob.ve/detalle.asp?sec=160104&id=110&plantilla=1>

50 See text accompanying notes 42-44.

through “municipal laws” in the form of *ordenanzas* in the matters attributed to them in Article 178.⁵¹ These “own” areas of the municipalities are, according to Article 178, matters related to zoning, historic monuments, social housing, local tourism, public space for recreation, construction, local transport, public entertainment, local environmental protection and hygiene, local public utilities, funerals, child care and other community matters. Only the matters related to local public events (n° 3) and funerals (n° 6) can be regarded as exclusive powers of the municipalities, while the other areas are concurrent and thus limited to the framework of federal and state laws.⁵² According to the Law on Municipalities of 2010, the lack of federal legislation (and by logical extension also of state legislation) is supposedly no obstacle to the legislative activity of the municipalities in concurrent matters.⁵³

Nonetheless, it has to be pointed out that the Municipality as the “primary political unit of the national organization” (Article 168) has been virtually rendered moot since 2006 by the creation of a parallel structure of *Consejos Comunales* (“communal” councils), which are elected by local “assemblies of the citizens”, *Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas*,⁵⁴ which can be formed by interested citizens. These *Asambleas de Ciudadanos y Ciudadanas* have been attributed jurisdiction to “approve the rules of the communal living of the community”,⁵⁵ the scope of which is not further defined.⁵⁶ Although these structures that have been

51 For the definition of Ordenanzas see Article 54 n° 1 of the Ley Orgánica del Poder Público Municipal, G.O. n° 6015 Extra of 18 December 2010.

52 See, e.g., for tourism TSJ Sala Constitucional, decision n° 826 of 16 May 2008, file n° 08-0479.

53 Article 57 in fine of the Ley Orgánica del Poder Público Municipal (note 51 above).

54 The possibility to create such *Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas* is mentioned in Article 70 of the Constitution as one of the “means of participation and protagonism of the people in the exercise of its sovereignty”, “whose decisions have binding character”. The proposed reform of the Constitution, rejected in the Referendum of 2 December 2008, would have added “as long as they do not contradict the Constitution and the laws”, which is probably the interpretation that has to be given to the present Article 70 anyway.

55 Article 6 n° 1 of the *Ley Orgánica de los Consejos Comunales*, G.O. n° 39335 of 10 April 2009. “Community” is defined in Article 4 n° 1 as “the social conglomerate of families and citizens which live in a specific geographic area, which share a common history and interests, know each other and have relations with each other, use the same public utilities and share similar economic, social, urbanistic, and other necessities and potentials”.

56 It is worth noting that Article 6 n° 5 of the same law provide that Assembly of Citizens “exercises the social control”. See in this regard the *Ley Orgánica de Contraloría Social*, G.O. n° 6011 Extra of 21 December 2010. Articles 9 and 16 of the *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional*, G.O. n° 5880 Extra del 9 April 2008 require the police only to inform and to consult the “communities”, the *Consejos Comunales*, or the other “communitarian” organs, without mentioning the municipalities. Furthermore, Articles

extensively regulated in 2010,⁵⁷ and are supposed to allow “self-governance” of local communities and are therefore a potential source of diversity,⁵⁸ their members are not elected by popular, direct and secret suffrage, thus violating the constitutional principle of representative democracy. Also, it can be doubted that they will balance the high degree of centralization of the country. These community structures, understood as vehicles for the advancement of socialism, are directly coordinated, supervised, and financed by the *Ministry for the Popular Power for the Communes and Social Protection* of the National Executive. Their leaders are appointed directly by the President⁵⁹ without the participation of the states or the municipalities.⁶⁰

20.3 The Means and Methods of Legal Unification

In view of the above sketched centralization of virtually all relevant law-making activity as well as the weakness of federalism in the country's history, legal unification is not an issue in Venezuela. The legal unification has been achieved exclusively through the central power of the federal government (top down). Attempts to decentralize the powers by transferring powers to the component states and municipalities have failed so far and have practically become obsolete. Voluntary coordination among component states or an impact of non-state actors on legal unification do not seem to have played a role and are rather unlikely to play one in the future in view of the tendencies to reduce federalism further more.

The curricula of the Venezuelan faculties of law, half of which are located in Caracas, are focused exclusively on federal law and are rather similar irrespective of

47-48 provides “communities” with the possibility to create their own police force “committed to the respect of values, identity and the own culture of each community”, with “the task to guarantee and ensure social peace, cohabitation, the exercise of rights and the fulfillment of the law”. The National Police Law has been declared constitutional by TSJ Sala Constitucional, decision n° 385 of 15 March 2008, file n° 08-0233.

57 See in particular, *Ley Orgánica del Poder Popular*, G.O. n° 6011 Extra of 21 December 2010; *Ley Orgánica de las Comunas*, G.O. n° 6011 Extra of 21 December 2010.

58 But see *note 54 above* in fine.

59 Articles 28 to 32 of the *Ley de los Consejos Comunales* (*note 55 above*).

60 On this reform in general see A.R. Brewer-Carias, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo* 49-67 (Mexico 2007); A.R. Brewer-Carias, “Introducción General al Régimen del Poder Popular y del Estado Comunal (O de cómo en el siglo XXI, en Venezuela se decreta, al margen de la Constitución, un Estado de Comunas y de Consejos Comunales, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado),” in: ídem (coord.) et al. (eds.), *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)* 9-182 (Caracas 2011).

their location.⁶¹ In the absence of legislative diversity in Venezuela, legal education and training can be considered a factor that supports the centralization of the making and application of the law. The absence of legislative diversity also suggests that external factors are irrelevant for maintaining the high degree of centralization.

20.4 Institutional and Social Background

20.4.1 The Role of the Judicial Branch

20.4.1.1 The Role of the Supreme Tribunal

The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice (*Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*) is the court with jurisdiction over all disputes over the constitutionality of statutes and acts resulting from the direct application of the Constitution and over all disputes between the central government, the states and the municipalities (“*acción de resolución de conflictos entre órganos del Poder Público*”) (Ardeles 266 n° 4 and 336 n° 9). Yet, the jurisdiction of this court has to be put into a larger political context created by the 1999 Constitution and subsequent laws that have put into question the impartiality of the court, which since 1999 has been dominated by the followers of the President.⁶² It is therefore little surprise that conflicts over powers between the central government and the states are systematically decided to the detriment of the latter.⁶³

The only known recent case in which the Supreme Tribunal effectively declared that a federal law violated the legislative powers of a state under the new constitution concerns a case in which no federal interests were at stake. The presidential *Decreto con fuerza de Ley General de Puertos* of 2002⁶⁴ provided, among other things, that the entities created by the states for the administration of commercial ports are obliged to transfer 12.5 % of their gross income to the municipality in which the port is located. The Supreme Tribunal declared this provision unconstitutional, *inter alia*, because it would violate the states' exclusive right to dispose of the “exploitation” of the ports according to Article 164 n° 10, and

61 For a list of, and internet links to, most of the law faculties in Venezuela see <http://venezuela.justia.com/recursos/universidades/>

62 See, e.g., *Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre la Reorganización del Poder Judicial y el Sistema Penitenciario*, G.O. n° 36805 of 11 October 1999 (intervening in the Supreme Tribunal and allowing the removal of justices by a Special Commission created by the Constituent Assembly); Human Rights Watch, “Rigging the Rule of Law: Judicial Independence Under Siege in Venezuela”, 16/3b *HRW Reports* 17-20 (2004), available at <http://www.hrw.org/reports/2004/venezuela0604/venezuela0604.pdf>. See also A.R. Brewer-Carías, *supra* note 8 at 226-244.

63 Other than the following examples, for the bias of the Supreme Tribunal in favor of the federal government see also A.R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional”, *mimeo*, available at <http://www.allanbrewercarias.com>, on the systematic rejection of all constitutional actions against the reform of the Constitution, which was eventually rejected in the referendum of 2 December 2007.

64 G.O. n° 73589 of 11 December 2002.

thus of the revenues obtained thereof.⁶⁵ Examples for the Tribunal's bias in favor of the central government may be found in its refusal to hear cases in which the Central Government in 2003, after significant tensions between the President and states governed by the opposition had cut off payment of the constitutionally guaranteed share of the *Situado Constitucional*, the federal financial transfer to the states (Article 167 n° 4).⁶⁶ The Tribunal justified its refusal by stating that the alleged lack of payment is merely a question of the application of ordinary law and therefore not of constitutional nature, thus forcing the states to restart their claims before the Administrative Chamber.⁶⁷

Another illustration is a case concerning the disarmament of the state police by the national armed forces after violent clashes between followers of the President and state police force.⁶⁸ *Inter alia*, the National Armed Forces, which are under the control of the President (Article 156 n° 8, 236 n° 5), confiscated in 2003 the assault rifles of the state police of Zulia, who had bought them in 2001 with the authorization of the federal Minister of the Interior and with federal funds for decentralization.⁶⁹ The State of Zulia requested the Supreme Tribunal to declare that the action violated the State's powers to organize the state police and to guarantee the protection of public order (Articles 164 n° 6 and 332(3)), justifying the need for armory with the fact that the central government had not yet established the national police as required by the 1999 Constitution.⁷⁰ The Supreme Tribunal simply rejected the request with the argument that there was no conflict of power because the Armed Force has the powers to regulate the possession of “war weapons”, which a law of 1939 defines as “all those which are used or could be used by the Army, the National Guards and the other security agencies for the defense of the Nation and the protection of public order”,⁷¹ which effectively covers all type of weapons.

5. 20.4.1.2 Component States' Law Applied by Courts

Since 1945 Venezuela has had no state courts, since the judicial system falls within the exclusive jurisdiction of the central government (Article 156 n° 31). The

65 TSJ Sala Constitucional, decision n° 2495 of 19 December 2006, file n° 02-0265, *see also* note 43 above.

66 See below Point 20.4.2.2.

67 TSJ Sala Constitucional, decision n° 1682 of 18 September 2003, file n° 03-0207 (State of Monagas); and decision n° 1109 of 8 June 2004, file n° 03-0725 (State of Apure).

68 See TSJ Sala Constitucional, decision n° 1140 of 9 June 2005, file n° 03-0969.

69 For the parallel case of the destitution of the head of the metropolitan police of Caracas by the Armed Forces see TSJ Sala Constitucional, decision n° 3343 of 19 December 2002, file n° 02- 2939.

70 Transitional Provision 4 n° 9 of the Constitution, according to which this law should have been enacted within 1 year after the entry into force of the new Constitution. The *Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional* was only enacted in 2008 through a presidential decree, G.O. 5880 Extra of 9 April 2008.

71 Article 3 of the *Ley de Armas y Explosivos*, G.O. 19900 of 12 June 1939.

only exception is the *justicia de paz*, a local system of judges for the conciliatory proceedings in neighborhoods that falls under the jurisdiction of the municipalities (Articles 178 n° 8 and 285).

All courts have jurisdiction to interpret state laws just as any another law and the recourse of cassation against their decisions eventually leads to the Supreme Tribunal's *Sala de casación* (Article 266 n° 8). The different chambers of the Supreme Tribunal can also decide on requests for the interpretation of laws (Article 266 n° 6). These interpretations are, in principle, not actually binding. Formally, only the interpretations of constitutional provisions made by the Constitutional Chamber (*sala constitucional*) of the Supreme Tribunal, which is the ultimate guarantor for the uniform interpretation and application of the constitution, are “binding on the other Chambers and the other courts of the Republic” (Article 335).⁷² In practice, however, the interpretations of national, state and municipal laws made by the other chambers of the Supreme Tribunal are *de facto* highly persuasive for the lower instances due to the Tribunal's authority and the system of recourses.

The Constitutional Chamber, when deciding actions on unconstitutionality regarding (national, state, and municipal) laws and regulations, has the exclusive power to review and to annul any kind of legislation - including state law and municipal statutes (Article 336 n° 2)⁷³ - with *erga omnes* effect (Article 334(3)). Lower courts may declare the unconstitutionality of national, state and municipal statutes and regulations in particular cases and controversies; but this will only have effect *inter partes* (Article 334(2)). In these latter cases, an extraordinary recourse for revision can be brought before the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal so as to obtain a binding interpretation of the Constitution on the question of constitutionality of the challenged legal provision (*stare decisis* principle) (Article 334(4)).⁷⁴

20.4.2 Relations Between the Central Government and Component States

6. 20.4.2.1 The Component States and Federal Law

Although deprived of most exclusive legislative powers, the states are nevertheless declared to be politically “autonomous” (Article 159). Accordingly, the central government cannot force the states to legislate, such as to enact

72 On this point see also A.R. Brewer-Cariás, “Instrumentos de justicia constitucional en Venezuela (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, protección constitucional frente a particulares)”, in: J. Vega Gómez & E. Corzo Sosa (eds.), *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional* 75-99 (Mexico City 2002); and A.R. Brewer-Cariás, “Judicial Review in Venezuela”, *Duquesne Law Review* 45: 439-465 (2007).

73 See, e.g., TSJ Sala Constitucional, decision n° 843 of 11 May 2004, file n° 03-1236, whereby a law by which the State of Guárico intended to decentralize to the municipalities more areas than provided for in Article 165(2) was annulled.

74 See Brewer-Cariás, *supra* note 72 at 84: “Accordingly, any interpretation by the Constitutional Chamber of any law or any other legal provision of the rank of a law or regulation does not have binding effect”.

“development laws” within the framework of central “basic laws” in matters of concurrent powers. So long as the states have not assumed their responsibility to legislate, the existing legislation will continue to apply,⁷⁵ and, in case of lacunae, courts will apply federal law by way of analogy.

Central government law is applied not only by the central government through specific federal agencies located and functioning in any part of the country, but also by the states and the municipalities when deciding on matters therein regulated.

Prior to 1999, Venezuela always had a bicameral Congress. In the Senate, the federal chamber of Congress, each state and the Federal District were represented by two directly elected senators, and additional senators represented minorities.⁷⁶ The 1999 Constitution eliminated the Senate and, in consequence, component states and municipalities are no longer represented in law-making at the central level. The component states' influence on the central legislative process is retained, according to the Constitution, by the National Assembly's obligation to consult the States' Legislative Council before passing laws on matters which could be of interest to the states (Article 206). Unfortunately, this provision has been systematically ignored in practice.⁷⁷

Furthermore, the 1999 Constitution required the creation of an intergovernmental entity called the Federal Council of Government for the purpose of planning and coordinating the policies and actions for the development of the decentralization process and transfer of powers from the central government to the component states and municipalities. The Federal Council of Government was to be headed by the Vice President of the Republic and integrated by Ministers, governors of the component states and one mayor from each component state, as well as of representatives of the civil society (Article 185). Such entity was finally created in 2010, but rather as an instrument designed to reinforce the centralization process through a central planning system.⁷⁸

75 Article 11, *Parágrafo Unico*, of the 1989 and 2003 Decentralization Law (see notes 26 and 29 above).

76 Article 148 of the 1961 Constitution.

77 The 2003 law on the reform of the 1989 Decentralization Law was allegedly never submitted to the States' Legislative Council, see TSJ Sala Constitucional, decision n° 1801 of 24 August 2004, file n° 04-0331; and decision n° 966 of 9 May 2006, file n° 04-0331 (recourse of nullity eventually rejected due to inactivity of the claimants for more than 1 year). See also the allegations made by the State of Carabobo in its action against the *Decreto con Fuerza de Ley General de Puertos* (G.O. 37589 of 11 December 2002), which were rejected by the Supreme Tribunal with the argument that, in the meantime, the Decree had been substituted by a law for which the states allegedly have been consulted; TSJ Sala Constitucional, decision n° 2495 of 19 December 2006, file n° 02-0265.

78 See *Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno*, G.O. n° 5963 Extra of 22 February 2010. See the comments of Penfold-Becerra, *supra* note 5 at 220: “If this Federal Council is not properly regulated by the law, it could be used by the central government as a means to divide the governors through the political use of resources

7. 20.4.2.2 Public Finances

Virtually everything concerning the taxation system has been centralized even more in the 1999 Constitution, so that the powers of the component states in tax matters have been basically eliminated. The Constitution lists in detail all the central government powers with respect to basic taxes (income tax, inheritance and donation taxes, taxes on capital, production, value added, taxes on hydrocarbon resources and mines, taxes on the import and export of goods and services, and taxes on the consumption of liquor, alcohol, cigarettes and tobacco) (Article 156 n° 12), and also expressly attributes to the municipalities some taxation powers with respect to local taxes (Article 179). In addition, as mentioned above, the Constitution gives to the national government (not to the states) residual competencies in tax matters (Article 156 n° 12). The Constitution does not grant the component states any power on matters of taxation, except with respect to official stationery and revenue stamps (Article 164 n° 7). Thus, the component states can only collect taxes when the National Assembly expressly transfers to them, by statute, specific taxation powers (Article 167 n° 5), which has never happened so far.

Therefore, due to the state's lack of resources from taxation, their financing is basically provided by the transfer of national financial resources through three different channels. First, it is done by means of the so-called *Situado Constitucional*, (Constitutional Contribution by the Federal Government) provided in the national Constitution, which is an annual amount within the National Budget Law equivalent to a minimum of 15 % and a maximum of 20 % of total ordinary national income, estimated annually (Article 167 n° 4). Second, a national law has established a system of special economic allocations for the benefit of those component states where mining and hydrocarbon projects are being developed. According to this statute, these benefits have also been extended to include other component states (Article 156 n° 16).⁷⁹ And third, financing for states and municipalities also comes from national funds such as the Inter-Territorial Compensation Fund, which was created by the Federal Council of Government Law of 2010 and substitutes the former Intergovernmental Fund for Decentralization (FIDES), created in the Decentralization Law of 1993 (Article 167 n° 6). According to the Constitution, this Fund is administered by the Federal Council of Government (Article 185(2) *in fine*) and wholly controlled by the central authorities.⁸⁰ In fact, the central government has repeatedly and over some period of time retarded the transfer payments, thus causing serious financial problems to some states.⁸¹

accumulated in [the Intergovernmental Fund for Decentralization]”. See also Sanchez Meléan, *supra* note 30 at 26.

79 Ley de Asignaciones Económicas Especiales para los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas Derivadas de Minas y Hidrocarburos, *G.O. 37086 of 27 November 2000*; substituted by Ley de Asignaciones Económicas Especiales Derivadas de Minas y Hidrocarburos, *G.O. 5991 Extra of 29 July 2010*. See A. Vigilanza García, *La Federación descentralizada. Mitos y realidades en el reparto de tributos y otros ingresos entre los entes políticos territoriales de Venezuela (Caracas 2010)*.

80 See note 78 above.

81 Sánchez Meléan, *supra* note 30 at 28-2; see also text accompanying note 67 above.

20.4.3 Other Institutions for Resolving Intergovernmental Conflicts

Except the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, which has jurisdiction to resolve constitutional and administrative conflicts between the central government and the component states and the municipalities, and the Federal Council of Government, which is called to plan and coordinate policies and actions for the process of decentralization and transfer of competencies, there are no other institutions (political, administrative, judicial) to help resolve conflicts between component states or between the central government and component states.

20.4.4 The Role of Bureaucracy

Even though national legislation on public servants was enacted in 2002,⁸² which is applicable to all levels of civil servants, each level of government has its own civil service system. Thus, the civil service of the central government is separate from the civil services of the component states and of the municipalities. Being separate civil service systems, there is no formal lateral mobility (or career advancement) between them. Yet for retirement purposes (pensions), a matter falling under exclusive federal jurisdiction,⁸³ the length of time worked in any of the three levels of government counts for the purpose of retirement.

20.4.5 Social Factors

Venezuela is a multicultural and mixed (*mestizo*) country where no important racial, ethnic, religious, linguistic or other social cleavages in the federation exist. There is a very small population of indigenous peoples (approximately 1 %), whose rights have been expressly recognized in the Constitution (Articles 119-126). The most important indigenous peoples group is located in the southern State of Amazonas, and its members have actively participated in the political process of the state and its municipalities. The Constitution also guarantees that in addition to the members of the National Assembly elected in each state, three separate members must be elected by the indigenous peoples (Article 186).⁸⁴

There are very significant asymmetries in natural resources, development, wealth and education between the component states. The main oil exploitation (the main source of income of Venezuela) is located in the States of Zulia and Anzoátegui, and the main mining exploitations in the State of Bolívar.

Since the component states are dependent on national financial allocations, one of the factors established in the Constitution for the distribution of the resources from the *Situado Constitucional* is related to the population of each state.

82 Ley del Estatuto de la Función Pública, *supra note 33*.

83 Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, *G.O. N° 39592 of 12 January 2011*; see also *note 23 above*.

84 See also *note 76 above*.

Yet, the Constitution allows the assignation of special economic advantages to the states in whose territory the natural resources are located (Article 156 n° 16).⁸⁵

20.5 Concluding Remarks

Federalism has always been a most sensitive and controversial topic in Venezuela and accordingly has developed in a rather particular way, often described as “centralized federalism”.⁸⁶ Already the *Exposición de Motivos* of the 1961 Constitution reflected the peculiarity of the Venezuelan conception of federalism:

“Federation' in Venezuela, properly speaking, represents a peculiar form of life, a bundle of values and feelings that the Constituency is obliged to respect to the degree that the interests of the people allow. Therefore, the following definition has been adopted: 'The Republic of Venezuela is a federal state in the terms established by this Constitution'... In other words, it is a federation to the degree and with the particular form in which this idea has been lived by the Venezuelan society”.⁸⁷

The decentralization process initiated in 1989 had brought about - probably for the first time - some new dynamism into the political landscape of Venezuela by granting new opportunities at state level to counterbalance the power of the central government. Yet the 1999 Constitution and especially the political evolution since 2002 have more or less dried out the buds of living federalism created by the 1989

85 Ley de Asignaciones Económicas Especiales Derivadas de Minas y Hidrocarburo (note 79 above).

86 See Brewer-Carías, *supra* note 41.

87 *Exposición de Motivos de la Constitución de la República de Venezuela* (1961), cited by M. Arcaya, *Constitución de la República de Venezuela* 35-36 (Caracas 1971). This passage is partially also cited by M. Kornblith, “The Politics of Constitution-Making: Constitutions and Democracy in Venezuela”, *Journal of Latin American Studies* 23: 61, 86 (1991).

decentralization process.⁸⁸ Some go as far as affirming that, *de facto*, Venezuela is no longer a federation.⁸⁹

As concerns the legislative powers, the finding that the component states of Venezuela do not have any significant legislative powers outside the restricted framework of federal laws also has to be put into the broader picture of legislative activity in Venezuela in general. In 2007, the National Assembly enacted a total of 19 laws, not including 62 approvals of treaties concluded by Venezuela with foreign countries.⁹⁰ The first of these laws was enacted by unanimous vote; it empowered the President in Article 203(4) to regulate a significant number of matters by way of “decree with force of law” for periods of 18 months.⁹¹ The same occurred in 2010 with the approval of another enabling law authorizing the President for 18 months to regulate another significant number of matters by way of the same “decree with force of law”.⁹²

88 Sánchez Meléan, *supra* note 30 at 27 (citing the President himself as having declared in his weekly television show “Aló Presidente” that Venezuela is a “unitary republic”); J. Biarreau R., “El proyecto de reforma y la destrucción del Estado Federal Descentralizado”, *mimeo* (20 October 2007), available at <http://www.aporrea.org/ideologia/a42897.html> (criticizing the planned reform of the Constitution [failed due to the negative referendum on 2 December 2007] as “not containing any elaboration of the principles of the decentralized federal State in the new geometry of power. Much is being said about popular power [*poder popular*], but the cruel reality is that it is born as an appendix of the national executive power and without any autonomy”). More optimistic in 2002 was Penfold-Becerra, *supra* note 5 at 221: “Venezuela's federal system might help counterbalance presidential power, continue to modify legislators' behavior, and even undermine the coalition that keeps Chávez in power. It is still too early to tell the impact of federalism on the eventual shape of Venezuelan democracy, but evidence indicates that federalism remains a critical source of political change in the country”.

89 Serna de la Garza, *supra* note 47 at 283.

90 Asamblea Nacional, *Informe de Gestión 2007 - Balance Legislativo* (18 December 2007), available at http://www.asambleanacional.gov.ve/uploads/biblio/Balance_Legislativo%202007%20.pdf

91 *Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan*, G.O. n° 38617 of 1 February 2007. See on the Decree Laws enacted according to this 2008 enabling law, 1 15 *Revista de Derecho Público* (2008). Previously, the President had been given fast track powers for one year by the *Ley Habilitante* of 2000, G.O. n° 37077 of 14 November 2000; on this law see A.R. Brewer-Carias, “Apreciación general sobre los vicios de inconstitucionalidad que afectan los Decretos Leyes Habilitados” in: Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ed.), *Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes* 63-103 (Caracas 2002).

92 *Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan*, G.O. n° 6009 Extra of 17 December 2010.

Taken together with the broad legislative powers attributed to the central government, this means that the country is primarily governed directly by the President through decree. All in all, the discussion about federalism in Venezuela is by now virtually meaningless.

§ 7. SOCIAL RIGHTS AS FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR JUSTICIABILITY

Venezuelan National Report to the *XIX International Congress of Comparative Law (Subject: IV C. Libertes publiques / Human Rights), Academie International de Droit Compare, Vienna, 20-26 July 2014*

Among the rights attributed to a person, there are those declared or recognized in the constitutions, as “constitutional rights,” and among them there are the “human rights,” referred to those attributed only to human beings. Within the latter it is also possible to distinguish the civil rights or civil liberties, that is, the individual rights of personal liberty or freedom guaranteed in the Constitution, such as freedom of speech, press, assembly, movement or religion. However, “civil rights” do not exhaust the list of constitutional rights, nor of human rights, which today also comprises social, economic, cultural and environmental rights. “Civil rights” were those first declared in the constitutions, what is called the first generation of rights, but at present time they are accompanied by a long list of other rights belonging to what has been called second and third “generations” of rights.

Another expression that must be kept in mind and mainly used in Europe, particularly in Germany and Spain, is that of “fundamental rights,”¹ used for the purpose of identifying certain constitutional rights that can be protected by a special judicial mean for protection also called *amparo* proceeding in Spain, which in

¹ Article 93.1.4 a) German Constitution (1949); Article 53,2 Spanish Constitution. See Fernando Garrido Falla *et al*, *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 578.

general terms is equivalent to individual or civil rights.² This expression of “fundamental rights” is also used in the Colombian Constitution (Articles 11-41), to identify a category of constitutional rights, mainly individual rights, which are of immediate application and can be protected by the *acción de tutela* (Article 86). In the United States, the expression “fundamental rights” is also used when referring to civil rights that are protected in the Constitution, as “fundamental civil rights.” As has been ruled by the Supreme Court in *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649; 18 S. Ct. 456; 42 L. Ed. 890 (1898), when referring to “fundamental civil rights for the security of which organized society was instituted, and which remain, with certain exceptions mentioned in the Federal Constitution...”

This expression “fundamental rights” has also been commonly used in Latin America with various meanings: First, from a formal point of view, they can be considered as the rights declared or numerated in the constitutions; second, from a substantive point of view, fundamental rights can also be considered as the most important rights that according to their own principles and value are recognized in each society³; and third, from a judicial point of view, as in Colombia, they are rights that can be judicially protected by special means such as the amparo.

The main concern regarding constitutional or fundamental rights⁴ in modern Constitutional States, is referred to their protection, which has been assured by declaring them in the text of the Constitution and in international treaties, thus out of the reach of the legislator, and by establishing the indispensable judicial guaranties in order to assure their exercise.

In this sense, social rights are without doubt “fundamental rights” in the sense that they are justiciable, that is, they can be protected by judicial means, in

2 According to these provisions, it is possible to distinguish among the constitutional rights those that can be considered as “justiciable rights” particularly by means of the specific judicial action or recourse of amparo, and constitutional rights not considered “fundamental rights.” The latter group is left to be protected by means of the general or common judicial means. Constitutional rights can always be considered essentially justiciables, but their “justiciability” as the quality or state of being appropriate or suitable for reviewing by a court, will vary depending on the judicial means available in the legal system for such purpose. In some countries, all constitutional rights are justiciables by means of the general judicial means of protection, such as in the United States; in other countries all constitutional rights are justiciables by means of a specific judicial mean of protection like the habeas corpus or amparo action or recourse, such as in the case of Venezuela; and in other countries, the constitutional rights are protected by a special mean of protection if they are “fundamental rights,” being the other constitutional rights justiciables through the common judicial means.

3 See Alfonso Gairaud Brenes, “Los Mecanismos de interpretación de los derechos humanos: especial referencia a la jurisprudencia Peruana,” in José F. Palomino Manchego, *El derecho procesal constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005, Tomo I, p. 124.

4 The expression “constitutional rights” in this book is used as equivalent to “fundamental rights,” among which are “human rights.” In general terms, all of them are declared in the constitutions and can be protected by means of the amparo action.

particular, those especially established to assure the protection of constitutional rights, as is the case of the action of *amparo*, so widely used in Latin America. This Report deals in particular with the situation of social rights as fundamental rights in Latin America.⁵

I. THE QUESTION OF THE JUSTICIABILITY OF SOCIAL RIGHTS

The most important question regarding the justiciability of constitutional rights in Latin America by means of the *amparo* action refers to the justiciability of economic, social and cultural rights. In some countries many of those rights are not declared in the constitutions, consequently lacking of constitutional judicial protection because not having constitutional rank. In other countries, as is the case of Colombia and Chile, many of those social rights are not considered as “fundamental rights” that are in general, the only ones that can be protected by means of the *tutela* and protection actions.

Yet even in countries that do not establish any distinction regarding the protected rights, the question of the justiciability of those economic, social and cultural rights continues to be an important issue, particularly because in some cases some sort of additional legislation is required for their full enforcement.

These rights, particularly the social rights, generally imply the obligation for the State to provide or render services or to accomplish activities, for which public expenses must be allocated regarding each service, depending on the political decisions of the government. Consequently, it has been sustained that the provisions establishing such rights can only be enforceable after the sanctioning by Congress of legislation providing the scope of their enjoyment as well as of the State’s obligations, and after the adoption of specific public policies by the Executive. Yet such approach has been questioned particularly based in the principle of the connection that exists between social and civil rights, which implies the need to consider new principles deriving from the concept of the Social State and the functioning of the Welfare State.

For instance, in this regard, the Colombian Constitutional Court in its decision N° T-406 of June 5, 1992, established the principle that these rights have their *raison d’être* in the fact that their minimal satisfaction is an indispensable condition for the enjoyment of the civil and political rights, that “without the respect of human dignity regarding the material conditions of existence, any aspiration of effectively enforcing the classical freedoms and egalitarian rights enshrined in the Constitution, would be just simple and useless formalism.” That is why the Constitutional Court considered that “the judicial intervention in cases of economic, social and cultural rights is necessary when it is indispensable in order to assure the respect of other constitutional fundamental rights.” Consequently, according to the Constitutional Court, the enforcement of social, economic and cultural rights cannot be confined to

5 See in general Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York, 2008. This Paper is based on what I wrote in Chapter eleven of the book (pp. 240 ff.).

the political link existing between the Constituent and the Legislator, in the sense that the constitution's efficiency cannot only be in the hands of the Legislator. On the contrary, "the constitutional provisions would have no value, [if] the Constituent's will is subjected to the Legislator will."⁶

Nonetheless, based on these arguments, the Constitutional Court of Colombia concluded its ruling saying that due to the fact that "the application of social, economic and cultural rights gives rise to the political problem of deciding the allocation of public funds, the admission of *tutela* regarding social, economic and cultural rights can only be accepted in cases where a violation of a fundamental right exists."⁷ From this ruling, the principle of the "connection" between social rights and fundamental rights regarding their justiciability, which has been developed in other countries like Mexico (right to life) and the United States (nondiscrimination), has also been applied in Colombia.⁸

Consequently, when no such connection between a fundamental right and a social one exists, the latter cannot in itself be protected by means of a *tutela* action, as for instance was the case of the constitutional right to have proper dwelling or housing, regarding which, the same Colombian Constitutional Court ruled that in that case, "as well as regarding other rights of social, economic and cultural contents, no subjective right is given to persons to ask the State in a direct and immediate way in its complete satisfaction."⁹

Those problems, related to the political conditions for the enforcement of some social, economic and cultural rights, have been the basis for the discussion in contemporary constitutional law, not on whether those rights, like education, health, social welfare or housing have or not constitutional rank, but on their justiciability, that is to say, the possibility of their enforcement by means of judicial actions against the State.

6 See decision T-406 of June 5, 1992, in Manuel José Cepeda, *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, 2001, p. 61.

7 *Idem.* p. 61

8 For instance, the Constitutional Court has protected the right to health of a military servicemen to be treated in a military hospital, even though he was not formally entitled to have such treatment because he had not given his military oath, considering that the right must be protected "when the health service is needed and is indispensable, in order to preserve the right to life, in which cases the State is obligated to render it to needy persons." See Decision T-534 of September 24, 1992, *Idem*, pp. 461 ff.

9 See Decision T-251 of June 5, 1995, *Idem*, p. 486.

II. THE CASE OF THE RIGHT TO HEALTH AND THE STATE'S OBLIGATIONS

This discussion has been raised regarding many social rights, and particularly, regarding the right of the people to health, and consequently the obligation of the State in terms of providing public health services.

In almost all the Latin American constitutions, even if the constitutional fundamental character and rank of social, economic and cultural rights has been recognized, the courts have not always granted the amparo protection for their enforcement, particularly when brought against the State. The justiciability of the rights and the scope of the claimed protection, in many cases have been conditioned by the way the right is declared in the constitutions, particularly when the provisions are set forth as “programmatically” ones; an expression that refers to provisions having their contents conceived as a program directed to the Congress in order to legislate and which are not directly enforceable.

On the other hand, regarding for instance the right to health, not all the Latin American constitutions have declared it at all, and when declared, it has not been expressed in the same way. Some constitutions refer to health as a public good, as is the case in El Salvador (Article 65) and Guatemala (Article 95), providing that not only the State but also the individuals have the duty to take care of its preservation and restoration.

In contrast, in other constitutions, like those of Bolivia (Article 7,a), Brazil (Articles 6 and 196); Ecuador (Article 46); Nicaragua (Article 59) and Venezuela (Article 84), it is provided for the “right to health” as a constitutional right and even as a “fundamental” constitutional right (Venezuela, Article 83), corresponding in equal terms to everybody, as it is also expressed in the Constitution of Nicaragua (Article 59). This principle of equal treatment is reaffirmed in the Constitution of Guatemala, by providing that “the enjoyment of health is a fundamental right of human beings, without any kind of discrimination” (Article 93).

In other constitutions the right to health derives from the recognition of constitutional rank to the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights, as is the case in Argentina (Article 75).

Now, with this constitutional formula of the “right to health,” what the constitutions have established is a constitutional right of everybody to have their health protected by the State, which conversely has the obligation, together with all Society, to care for the maintenance and recuperation of people’s health.

That is why other Latin American constitutions, instead of providing for the “right to health,” set forth in a more precise way for the right of persons “to have their health protected,” as it is established in Honduras (Article 145), Chile (Article 19,9), Mexico (Article 4), Peru (Article 7), Cuba (Article 50) and Colombia (Article 49). This implies, in general terms, as it is provided in the Constitution of Panama, that this is a “right to the promotion, protection, maintenance, restitution and rehabilitation of health, and an obligation to maintain it; health understood as the complete physical, mental and social welfare” (Article 105) This right, as it is also declared in the Constitution of Paraguay, implies the obligation of the State “in the

interest of community, to protect and promote health as a fundamental right of persons” (Article 68).

Consequently, this right to health, in the sense of a right to be protected by the State, eventually implies a right for all people to have equal access to the public services established for the purpose of taking care of people’s health, as it is set forth in the Constitution of Chile, which provides that “the State protects free and equal access to the actions for promotion, protection and recovery of health and of rehabilitation of the individuals” (Article 19,9).

In order to guaranty the access to health services, the Latin American constitutions follow different approaches, from free general access to limited access regarding specific circumstances. Free access is for instance guaranteed in the Cuban Constitution, which sets forth that the State guaranties the rights of persons to have their health taken care of and protected by means of “rendering free public medical and hospital assistance” (Article 50).

In the case of Chile, a distinction is made between public programs and public services, providing that, on the one hand, “public health programs and actions are free for all”; and on the other, that “public services of medical attention will be free [only] for those who need them” (Article 43), stipulating that “in no case will emergency attention be denied neither in public nor private premises” (Article 43).

In general terms, the principle of free public health care, as a constitutional right is established in the constitutions in benefit of persons lacking financial support and in all cases, where the general public health needs to be protected. In this sense, the Constitution of El Salvador declares that the State must “give free assistance to sick persons lacking resources and in general to all inhabitants, when the treatment is an efficient mean to prevent the dissemination of a transmissible disease” (Article 66).

Regarding the former situation, for instance in Uruguay, the constitution sets forth that “the State must freely provide the means for protection and of assistance only to the needy and to those without enough resources” (Article 44); and in Panama, the constitution establishes that “these health services and medication will be freely rendered to whomever lacks economic resources” (Article 106).

Regarding the latter situation, for instance, the Constitution of Paraguay sets forth that “nobody will be deprived of public assistance in order to prevent or treat diseases, pests or plague, and of help in cases of catastrophes or accidents” (Article 68).

In other cases, the constitutions only express general principles referring to the regulations that must be established by statute. This is the case of the Colombian Constitution (Article 49), which requires the Legislator to “define the terms through which the basic attention for all the inhabitants will be free and obligatory”; and this is also the case of the Mexican Constitution, which indicates that “the rules and conditions for access to health services” must be established by statutes (Article 4).

From all these constitutional regulations, in addition to the general solidarity duties that are imposed on everyone in order to seek for preserving healthy conditions, a series of constitutional duties are also imposed on the State and public entities, which eventually are the ones that determine the scope of their justiciability.

For instance, the Panamanian Constitution provides that “it is an essential function of the State to care for the health of the population” (Article 105); and the Constitution of Guatemala, sets forth as an “obligation of the State” to take “care of the health and social assistance of all inhabitants” and to “develop,” through its institutions, “actions for the prevention, promotion, recovery, rehabilitation and coordination in order to seek the most complete physical, mental and social welfare” (Article 94).

The Venezuelan Constitution, after declaring health as a fundamental right, also provides as an obligation of the State, the guaranty of health as part of the right to life (Article 83); and the Honduran Constitution sets forth that “the State must maintain an adequate environment for the protection of people’s health” (Article 145).

In this matter of the State’s obligations regarding health, other constitutions contain more detailed regulations, as is the case, for instance, of Cuba regarding hospital assistance (Article 50); Panama (Article 106) and Bolivia (Article 158,1) regarding general policies assigned to the State. In this same sense, for instance, the Constitution of Ecuador, establishes that the State guarantees the right to health, and the promotion and protection of health, “by means of the development of the alimentary safety, the provision of drinking water and basic sanitation, the promotion of family, labor and community healthy environment and the possibility to have permanent an uninterrupted access to health services, according the equity, universality, solidarity, quality and efficiency principles” (Article 42). In addition, in Ecuador, the State must promote “the culture for health and life, with emphasis in alimentary and nutrition education of mothers and child and in sexual and reproductive health, by means of societal participation and the social media collaboration” (Article 43). For such purpose, the State must formulate “a national health policy and will watch for its application; will control the functioning of sector entities; will recognize, respect and promote the development of traditional and alternative medicine, the exercise of which will be regulated by statute, and will promote the scientific and technological advancement in health care, subjected to bioethics principles. The State will also adopt programs tending to eradicate alcoholism and other toxic manias” (Article 44).

In a similar sense, the Constitution of Peru provides that “the State must establish the health policy” (Article 9); and the Constitution of El Salvador prescribes that “the State will determine the national health policy and will control and supervise its application” (Article 65). In Nicaragua, the constitution sets forth that the State must establish basic conditions for health promotion, protection, recovery and rehabilitation, and that it must direct and organize health programs, services and actions and promote popular participation in its defense” (Article 59).

In Brazil, the State has the constitutional duty to guaranty health as a right of everyone, “through social and economic policies tending to reduce the risk of sickness and providing a universal and equal access to actions and services for health promotion, protection and recovery” (Article 196).

According to all these expressed constitutional provisions, in some cases vague and in others with very detailed and precise expressions, the protection of health can be considered in general terms as a constitutional obligation of the State, which does not exclude the possibility for individuals to render health care services. So the

services for the protection of health can be provided not only by the State, accomplishing an exclusive obligation, as is the case of Cuba, but also by individuals. That is, health services can be public or private; so the Chilean Constitution guaranties the right of “everyone to choose the health care system wanted to be received, whether public or private” (Article 19). This provision also implies the existence of another constitutional right of individuals to render health care services, as an economic right.

This is expressly set forth in the Brazilian Constitution where it is provided that “sanitary assistance is of free private initiative,” but subject to express constitutional restrictions, like the possible participation of private institutions in the Unique Health Services (Article 199). Other Latin American constitutions also contain general principles regarding public and private health care services, integrated into a national or unique system (Chile, Article 45; Paraguay, Article 69; Venezuela, Article 84).

Except for the two mentioned cases of the Chilean (Article 19) and Brazilian (Article 197) constitutions, in the other Latin American constitutions references are made to private initiative to render health care services in an indirect way, when attributing to the State the express power to regulate all health care services, as it is provided in the Constitutions of Venezuela (Article 85), Uruguay (Article 44), Honduras (Article 149) and Colombia (Article 49).

The general consequence of all these provisions in the constitutions establishing State obligations to render health care services to satisfy people’s constitutional right to be protected, is that such obligations are always materialized in the establishment of public health care services to render care to the people. This is expressly provided in the Colombian Constitution when it declares that “health care and environment sanitation are public services to be rendered by the care of the State” (Article 49); and in the Bolivian Constitution when providing that “social services are State functions,” being the norms providing for public health, of “coactive and obligatory character” (Article 164).

In all these cases, the consequence of a constitutional provision establishing the obligation of the State to render a public service to take care of individual’s health, is the existence of a constitutional right to use those services, which consequently implies that in principle, they can be judicially claimed and enforced against the State.

III. THE JUSTICIABILITY OF THE RIGHT TO HEALTH

Yet the fact is that the justiciability of the right to health has not had the same solution in all of Latin America.

It is clear, according to all the constitutional regulations that have been mentioned, that a person’s constitutional right to health care is generally provided, particularly due to the obligations imposed on the States to render services for the maintenance and recovery of health. However, these provisions and the way they are conceived are, precisely, the ones that raise the question of the justiciability of such right to health, particularly by means of the amparo recourses or actions as specific judicial means for the protection of human rights.

This judicial enforceability of course depends on the way the specific regulations are established in the constitutions and in the statutes on the matter. For example, only in exceptional cases are such judicial protection for the enforceability of the right to health expressly provided for, as is the case in Peru, where the Constitutional Procedure Code expressly sets forth that the amparo recourse can be filed for the defense of the right “to health” (Article 37,24). In the case of Chile, the constitution only refers to the recourse for protection regarding the “right to choose the system of health care” (Article 19,9).

Apart from these two provisions, no other express constitutional or legal regulation exists in Latin America regarding the amparo proceeding for the protection of the right to health, which of course does not exclude such possible judicial protection. On the contrary, the jurisprudence in many countries has shown that as a matter of principle, amparo actions can be brought before the courts for the protection of the people’s right to health, although not in a uniform way.

In this regard, from decisions issued by the Constitutional Courts or Constitutional Chambers of Supreme Courts, for instance, in Argentina, Peru, Colombia, Costa Rica, Chile and Venezuela, or by lower courts in Argentina, it is possible to distinguish at least four general tendencies.

The first tendency can be identified with the protection of health as a collective right, based in collective interest. The second tendency is characterized by granting a wide protection to the right to health in specific cases in connection with the right to life and when a particular legal relationship is established or exists between the plaintiff and the public entity acting as the defendant party, like the one derived from the Social Security programs to which the individual contributes. In this case because of the intimate “connection” with other fundamental rights, like the right to life, the courts have also rejected the “programmatic” character attributed to the right to health. The third tendency is the granting of a limited judicial protection to the right to health, subjected to the existing State policy on the matter, particularly regarding the allocation and availability of public funds. Finally, a fourth tendency can be identified when the protection is denied in cases of abstract claims.

1. *The protection to the right to health as a collective right*

The first tendency of the justiciability of the right to health is based in its consideration as a collective right, as it is established in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, where Article 12,1 provides that the States Parties “recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health,” and consequently, according to Article 12,2,c, it is prescribe that the steps to be taken by the States Parties to achieve the full realization of this right shall include those necessary for “the prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases.”

In Argentina, the constitution (Article 75,22) has given constitutional rank to the International Covenant, and as a consequence of this, the collective right to health has been enforced by the courts. It was the case of an amparo action decided by the Federal Administrative Court of Appeals on June 2, 1998 (*Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ Acción de Amparo* case), that was filed as a collective amparo by Mariela Viceconte seeking to force the State to produce the *Candid 1* vaccine, based on her own right

to health and that of other few millions of persons exposed to contracting “Argentine Hemorrhagic Fever.” The plaintiff specifically alleged a violation of the obligation to prevent, treat and fight epidemic and endemic diseases arising from Article 12.2.c of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the Court of Appeals concluded that the State's failure to arrange the production of the vaccine was a violation of the right to health under such article of the Covenant. Therefore, the Court ruled that the State had the obligation to manufacture the vaccine and ordered it to comply strictly and without delays with a schedule that had already been designed for such purposes by the Ministry of Health. The Court also asked the National Ombudsman to follow up on the schedule.¹⁰

2. *The protection to the right to health in connection to the right to life and the social security obligations*

The second tendency regarding the justiciability of the right to health by means of amparo refers to its protection in particular situations, derived from the specific social security obligations regarding specific insured persons.

As an example, the decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of Venezuela decision n° 487 of April 6, 2001, (*Glenda López y otros vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales* case) can be mentioned, through which an HIV/AIDS infected person who filed an action against the Institute for Social Security was protected, compelling the Institute to provide medical attention to the plaintiff. In its decision, the Court pointed out that the right to health or to the protection of health is “an integral part of the right to life, set forth in the Constitution as a fundamental social right (and not simply as an assignment of State purposes) whose satisfaction mainly belongs to the State and its institutions, through activities intended to progressively raise the quality of life of citizens and the collective welfare.” This implies, according to the Court’s decision that “the right to health is not to be exhausted with the simple physical care of a person, but must be extended to the appropriate treatment in order to safeguard the mental, social, environmental integrity of persons, including the community.”

In this particular case decided by the Court, the violation of the right to health and the threats to the right to life was alleged as caused by the Venezuelan Institute for Social Security, which the plaintiff considered was due to “give complete medical care to its affiliates.” The Constitutional Chamber ruled that because of the omission of the Institute “to provide to the plaintiffs, in a regular and permanent way, the drugs for the treatment of HIV/AIDS prescribed by the specialist attached to a specific Hospital..., and to practice the specialized medical exams directed to help the efficient treatment of HIV/AIDS”; the right to health and even the right to life of the plaintiff were put in danger.¹¹

10 See the reference in M. Claudia Caputi, “Reseña jurisprudencial. La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales,” in *Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos*, n° 2, Goberna & Derecho, Guayaquil, 2006, pp. 145–164.

11 See in *Revista de Derecho Público*, n° 85–88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 139–141.

This connection between the right to health and other fundamental rights, such as the right to life, which can immediately be protected by means of amparo, has also been the tendency followed by the courts in Argentina, Colombia, Costa Rica and Peru.

As aforementioned, in Colombia, the constitution does not include the right to health or to the protection of health within the list of the “fundamental rights,” which are the only ones protected by means of the action of *tutela*. Nonetheless, the Constitutional Court, in order to assure its judicial protection, has applied the principle of the connection of the right to health with the right to life. It was the case in decision n° T-484/92 of August 11, 1992, issued when reviewing a lower court’s *tutela* decision that was filed against the Institute of Social Security. The plaintiff in the case, also infected with HIV/AIDS, claimed that he was infected while covered by the Social Security program. The claimant had a favorable decision from the first instance Court that ordered the Institute to continue to render the health care services that the plaintiff had been receiving, and the Constitutional Court, when reviewing the case, affirmed that “health is one of those assets that because of its inherent character to the dignified existence of man, is protected, especially regarding persons that because of their economic, physical or mental conditions are in a manifest weakened condition” (Article 13, Constitution). Considering the right to health as being a right that “seeks the assurance of the fundamental right to life” (Article 11, Constitution), the Court ruled that due to its assistance nature, it implies the need for health care to be rendered by public entities, in order for its effective protection.”¹²

In addition, the Court developed two sorts of arguments when connecting the right to health with the right to life. First, those that identify the right to health as an immediate condition for the right of life, in which case the harm to a person’s health would be equivalent to a threat to his life. Consequently, for instance, actions harming the safe environment (Article 49,1) are to be treated in a concurrent way regarding health problems, resulting in a fundamental right. The second argument tends to connect the right to health to the assistance character of the concept of the Welfare State, in the sense that its recognition in the constitution imposes concrete public actions that must be developed through legislation in order to render public services not only for medical assistance, but also for hospital, pharmaceutical and laboratory rights. The link between the right to health and the right to be assisted, although imprecise and subject to the circumstances of each case (Article 13, Constitution), always allows the Court to construct the existence of the right to health considering “that the right to health is fundamental when related to the protection of life.”

Based on these argument, the Court, regarding the particular case of the petitioner infected with HIV/AIDS who received treatment from the health care services of the Institute for Social Security, ratified the lower court’s *tutela* decision,

12 File n° 2130, *Alonso Muñoz Ceballos* case. See in the same sense, Decision T-534, September 24, 1992, in Manuel José Cepeda, *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, 2001, pp. 461 ff.

bearing in mind that in the particular circumstance, the protection of the right to health, was the condition for the protection of his fundamental right to life.

In a similar case, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica, n° 2003-8377 of August 8, 2003,¹³ when deciding an amparo recourse filed by the People's Defendant on behalf of an aggrieved child (*Tania González Valle*) against the Costa Rican Institute for Social Security because of the denial of the requested treatment for a specific disease (known as Gaucher type 1) argued that such denial "harmed the right to life and health of the minor" who required the prescribed drug for "maintaining her life."

The Constitutional Chamber, after referring to the right to life protected in previous decisions that were based on the provision of the constitution (Article 21) establishing the inviolability of human life, concluded by deriving "the right that every citizen has to his health, thus corresponding to the State's responsibility to ensure public health... (n° 5130-94 of 17:33 hrs on 7 September 1994)." The Chamber also referred to "the preeminence of life and health as superior values of society [which] must be protected by the State [being] present not only in the Constitution, but also in the various international instruments ratified by the country."¹⁴

Consequently, due to the responsibilities of the State derived from these provisions, when analyzing the mission and functions of the Costa Rican Institute of Social Security, the Chamber considered, as it was declared in a previous decision (n° 1997-05934 of September 23, 1997), "that the denial by the Costa Rican Institute of Social Security to provide adequate therapy to patients infected with HIV/AIDS harms their fundamental rights." Departing from this assertion, when analyzing the particular case of the child with Gaucher disease, the Chamber found that she was not receiving the prescribed treatment due to the limited financial resources of the Social Security Institute and it concluded that although the cost of the prescribed drugs were undoubtedly onerous, nonetheless, due to the exceptional lethal characteristics of the illness and the impossibility for her parents to cover the costs of the prescriptions, it confirmed the recourse and ordered the Social Security Institute to immediately provide the specific drug in the conditions prescribed by her doctor.¹⁵

13 File. 03-007020-0007-CO, *Tania González Valle* case.

14 In particular, the decision made reference to Article 3 of the Universal Declaration on Human Rights, Article 4 of the American Convention on Human Rights; Article 1 of the American Declaration on Rights and Duties of Man; Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights; Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; and Articles 14 and 26 of the Convention on Children Rights (Law 7184 of July 18, 1990).

15 The Court argued as follows: "This Court is conscientious regarding the scattered financial resources of the social security system, nonetheless it considers that the principal challenge the Costa Rican Institution of Social Security faces in this stage of its institutional development, – where Costa Rica has achieved life standards qualities similar to those of developed countries –, is to optimize the management of available

In Peru, the Constitutional Tribunal in a decision of April 20, 2004, also protected the right to health when deciding an extraordinary revision recourse filed against an amparo decision issued by the Superior Court of Justice of Lima. The latter had partially granted the amparo protection filed against the Peruvian State (Ministry of Health), ordering to render to the plaintiff, also an HIV/AIDS infected person, “integral health care by means of the constant provision of drugs needed to treat HIV/AIDS, as well as the performance of periodical exams and tests that the doctor orders.”¹⁶

The Constitutional Tribunal, referring to the rights that are protected by means of the action for amparo, although admitting that “the right to health is not among the “fundamental rights” set forth in the Constitution, but is recognized in the Chapter related to social and economic rights¹⁷; concluded –referring to the Colombian Court doctrine– that in a “similar way as was decided by the Colombian Constitutional Court, when the violation of the right to health compromises other fundamental rights, like the right to life, the right to physical integrity and the right to the free development of one’s personality, such right acquires fundamental right characteristics and, therefore, must be protected by means of amparo action (STC n° T- 499 *Corte Constitucional de Colombia*).”¹⁸

The Peruvian Constitutional Tribunal also ruled that these rights were not to be considered as “programmatic rights” with limited effects, because without dignified education, health and quality of life, it would be difficult to talk about freedom and

resources of the system of health insurance and reduce the administrative costs in order to efficiently invest these resources. The Chamber considers that the prescribed drugs are undoubtedly onerous, nonetheless, due to the exceptional characteristics of the illness suffered, which is lethal, and due to the impossibility for her parents to contribute for the acquisition of the drugs, based on Articles 21 and 173 of the Constitution, and 24 and 26 of the Convention on the Child’s Rights, it proceeds to confirm the recourse. The acceptance of the recourse implies that the Costa Rican Institution on Social Security must immediately provide Tania Gonzalez Valle with the drug “*Cerezyme*” (Imuglucerase) in the conditions prescribed by her doctor.” File 03-007020-0007-CO, *Tania González Valle* case.

16 File n° 2945-2003-AA/TC, *Azanca Alhelí Meza García* case.

17 Since 2004, the right to health is established in the Constitutional Procedure Code, as one of the rights expressly protected by means of the amparo action (Article 37,24).

18 Considering the nature of the economic and social rights, as is the case of the right to health, which always originates State obligations directed to provide social assistance, the Peruvian Constitutional Tribunal in the same decision argued that the right to health, as all the so-called “*prestacionales*” (which implies to render something), like social security, public health, housing, education and other public services, constitutes “one of the social goals of the State through which individuals can achieve their complete development.” Individuals can then “demand” the accomplishment of State duties by “asking the State to adopt adequate measures in order to achieve the social goals.” However, the Tribunal recognized that “not in all cases are the social rights legally enforceable by themselves, due to the need of a budget support for its accomplishment.” File n° 2945-2003-AA/TC, *Azanca Alhelí Meza García* case.

social equality. This implies that both the Legislator and the Judiciary have to act jointly and interdependently in the recognition of such rights, the satisfaction of which requires a minimum action from the State, by establishing public services to render health care for all the population.¹⁹

The Tribunal concluded by affirming that “to judicially file an action claiming the protection of social rights will depend on various factors, such as the seriousness and reasonability of the case, its relation to other rights and the State’s budget resources, provided that particular actions for social policies can be accomplished.” Regarding the public policies in matters of public health, the Tribunal considered that if it is true that the accomplishment of the State obligations depends on the State’s financial resources allocations, “in no way can it justify a prolonged [public] inaction, because it would result in an unconstitutional omission.” The conclusion in the case was to grant the claimed protection to a social right as the right to health, due to the fact that in the particular case the conditions justifying it were fulfilled” not only “due to the potential damage to the right to life,” but also because of the motives governing the existing legislation, providing the means for maximum protection to the HIV/AIDS infected persons.

19 In this regard, the Tribunal also ruled that for the enforcement of these rights their traditional programmatic conception needed to be surpassed, so that with this criteria “this new vision of the social rights allows to recognize in their essential content, principles like solidarity and human dignity as funding of the Welfare State based on the rule of Law.” After analyzing these principles, the Tribunal considered “erroneous the argument of the State defendant that being the national policy of health based on programmatic provisions, it only signifies a plan of action to be followed by the State”; adding that it would be naïve to sustain that the social rights are reduced to be just a matter of political relation between the Constituent and the legislator, which would be “an evident distortion regarding the Constitution’s sense and coherence.” But insisting on the right to health and its inseparable relation with the right to life, the Tribunal ruled that according to the Constitution “the defense of human beings and the respect of their dignity... presupposes the unrestricted enforcement of the right to life”; because “the exercise of any right, privilege, faculty or power has no sense or results useless in cases of the inexistence of physical life of somebody in favor of which it can be recognized.” The Tribunal continued its ruling saying that “28. Health is a fundamental right due to its inseparable relation with the right to life, which is irresoluble, due to the fact that an illness can provoke death or in any case, the deterioration of life conditions. Thus the need to materialize actions tending to take care of life (health care) is evident, oriented to attack the illness signs...” Then, after affirming that the right of people, to “be assigned sanitary and social measures for nourishment, clothing, dwelling and medical assistance, depending on what is allowed by public funds and social solidarity,” the Tribunal considered the question of the justiciability of social rights, like the right to health, ruling that “they cannot be requested in the same way in all cases, due to the fact that it is not a matter of specific rendering, because it depends on budget allocations. The contrary, would suppose that each individual could judicially ask at any moment for an employment or for a specific dwelling or for health.” *Idem.*

Also in Argentina, the Supreme Court of the Nation in a decision of December 12, 2003 (*Asociación Esclerosis Múltiple de Salta* case), has recognized the amparo action as the most effective judicial mean to exercised in an unavoidable way “in order to safeguard the fundamental right to life and to health.”²⁰

3. *The limited protection of the right to health and the State’s financial resources*

The third tendency regarding the protection of social rights is a restricted or limited one in which the justiciability of the right to health, also regarding HIV/AIDS treatment, has been completely subordinated to the effective disposal of enough financial resources, as was the case of some 2000/2001 Chilean courts’ decisions.

In one case, the action for protection was filed against the Ministry of Health for failing to provide medical treatment to a group of HIV/AIDS patients, arguing that it was a violation to the right to life and the right to equal protection. The plaintiff demanded to be treated with the same therapy that was given to other HIV/AIDS patients, which the Ministry denied arguing that it lacked enough economic resources to provide it to all Chilean HIV/AIDS patients. The Court of Appeals of Santiago ruled that the obligation of the Ministry of Health, according to the Law regulating health care provisions (Law n° 2763/1979), was to provide health care in accordance with the resources that were available, and it considered the Ministry’s explanation reasonable, that there was a lack of economic resources to provide the best available treatment to the plaintiffs. The decision was later confirmed by the Supreme Court.²¹

In another 2001 case, the same Ministry of Health was sued for the same reasons by HIV patients in more critical conditions, and even though the Court of Appeals of Santiago ruled in favor of the petitioners and ordered the Ministry to immediately provide them with the best available treatment, the Supreme Court reversed the ruling, arguing that the Ministry had acted in accordance to the law.²²

4. *The rejection of the amparo protection when argued in an abstract way*

Finally, a forth tendency can be identified related to this limitative tendency to protect the right to health when claimed in an abstract way. In this regard, mention can be made to a 2004 decision of the Venezuelan Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, which ruled that when claimed in an abstract way, the right to health could not be protected by means of amparo actions, but only through political mechanisms of control regarding public policies.

20 See Fallos: 326: 4931. See the reference in M. Claudia Caputi, “Reseña jurisprudencial. La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales,” in *Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos*, n° 2, Goberna & Derecho, Guayaquil, 2006, pp. 145–164.

21 See the reference in Javier A. Course, “Judicialization of Chilean Politics,” in Rachel Sieder, Line Schjolden and Alan Angeli (Ed.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, pp. 119–120.

22 *Idem*, p. 120.

The Chamber, in effect, in decision n° 1002 of May 26, 2004 (*Federación Médica Venezolana* case),²³ rejected an amparo action filed by the Venezuelan Medical Federation “defending diffuse social rights and interests, and in particular those of the physicians” seeking the protection of health against the “omissive” conduct of the Ministry of Health and Social Development and the Venezuelan Institute for Social Security, because failing to “provide efficient services of health to the population in the country, by means of promptly providing the necessary equipment and resources.”

The Constitutional Chamber recognized that in the 1999 Venezuelan Constitution, all economic, social and cultural rights are considered “fundamental rights,” ruling that this “implies specific consequences, among them, –in principle– the applicability of the protection by means of amparo,” particularly “because the Constitution, in contrast to what is established in other legal orders, does not exclude certain rights from that guaranty, nor its immediate applicability, being the constitutional order of an immediate normative value and application, rejecting what are known as programmatic rights.” Yet even admitting that because such economic, social and cultural rights have a fundamental character (not just being moral values aspirations) and that “they are undoubtedly judicially protected,” nonetheless, the Constitutional Chamber concluded its ruling, constructing the denial of such justiciability regarding social right, stating that “the point is to determine when one is asking for the enforcement of an economic, social or cultural right, and when one is asking that the Public Administration performs the Welfare State based on the Rule of Law State clause, given that in both cases, the ways to sue or demand differ.”²⁴

23 See in *Revista de Derecho Público*, n° 97–98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 143 ff.

24 The Chamber said: “Policies are, in principle, outside the scope of judicial review, but not for that reason can they escape control; only that this applicable control is the political one also set forth in the Constitution. The State organs act under their own responsibility, which can be challenged in the political level, but it is not possible to challenge their political management before the Judiciary, unless when determining an administrative liability for damages caused by the political activity and putting aside that a fundamental right be affected by the decision, in which case, eventually, the control will not be regarding the political elements of the act and turn to be a control regarding its juridical elements...” The Chamber concluded that “ a) The economic, social and cultural rights have, as all rights, judicial protection; b) In order to know if one is facing one of such rights, there must exist a perfectly defined juridical relation where the harm to them derives from a change of the legal sphere of a citizen or of collectivity; c) The State activity directed to satisfy the people’s existence needs is an activity with political contents; d) That such activity can manifest itself by acts or through policies; e) That such acts can be the object of judicial control in their juridical elements, not in the political; f) That the policies, in principle, cannot be the object of judicial control but of political control; g) That such judicial impossibility cannot be understood as the rejection of the citizens’ right to action.” *Idem*, p. 143 ff.

Regarding the particular amparo action, the Constitutional Chamber concluded by affirming that being “of a reestablishing nature, the possibility to judicially control economic, social and cultural policies is not included in this constitutional guaranty.” In the claim of the *Federación Médica Venezolana*, the court was asked to order the government to allocate enough funds to the hospitals, and to budget provisions for the acquisition of medical equipment and hospital materials. The claim was rejected by the Chamber considering that those were very evidently political activities and abstract in nature, which made them “impossible to be the object of an amparo action directed to restore particular juridical situations”; concluding that “the enforcement of the Third Generations of rights is not possible, and political control is the only way to verify its accomplishment, that is, to vote to change the government,”²⁵ thus rejecting the actions brought before the courts by doctors’ associations.

In contrast, in a country without the express constitutional provisions regarding the right to health as is the case of Argentina, the courts have developed a very progressive protective case law, granting amparo protection to the right to health deciding actions filed by various associations of doctors, for instance, ordering public entities to provide economic recourses in order to allow the functioning of hospitals.²⁶

New York, April 2014

25 The Court said: “Facing this evident incapacity of Public Administration to efficiently plan its activities, the citizens will withdraw the confidence given to their representatives by means of suffrage, as demonstration of the de-legitimizing of the actors.” *Idem*, p. 143.

26 See decision of the Appellate Chamber on Judicial Review of Administrative Actions (*Asociación de Médicos Municipales de la C.A.B.A vs. C.A.B.A.* case), of August 2002, regarding the functioning of the histopathology of the General Hospital of Agudos, *Teodoro Alvarez*; and decision of the Second Chamber of the Appellate Criminal Court of August 7, 2002, granting an amparo action filed by the *Doctors Association of the Buenos Aires Province v. IX District*, in order to improve the administration of the public hospital of Mar del Plata. See the reference in M. Claudia Caputi, “Reseña jurisprudencial. La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales,” in *Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos*, n° 2, Goberna & Derecho, Guayaquil, 2006, pp. 145–164.

§ 8. THE GOVERNMENT OF JUDGES AND DEMOCRACY. THE TRAGIC INSTITUTIONAL SITUATION OF THE VENEZUELAN JUDICIARY

**National Venezuelan Report, XIX^h
International Congress of Comparative Law,
International Academy of Comparative
Law, Vienna, 20-26 July 2014***

Abstract: This Chapter analyzes the situation of the Venezuelan Judiciary, after fifteen years of authoritarian government (1999-2014), which was imposed in the country in contempt of what is expressly established in the 1999 Constitution, and in the 2001 Inter American Democratic Charter. The result has been the complete subjection of the Supreme Tribunal to the National Executive, and the packing of the courts with temporal and provisional judges that, lacking stability, are subjected to political instructions. In such condition, the Judiciary has been the main tool used by the Government to facilitate the concentration of power, the dismantling of democracy and the rule of law, and to persecute dissidents in an illegitimate way.

* Published in the book: Sophie Turenne (Editor.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Vol 7, Springer 2015, pp. 205-231.

1. *Democracy and Separation of Powers*

The essential components of democracy are much more than the sole popular or circumstantial election of government officials, as it has been formally declared in the Inter American Democratic Charter (*Carta Democrática Interamericana*) adopted by the Organization of American States in 2001,¹ after so many antidemocratic, militarist and authoritarian regimes disguised as democratic because of their electoral origin that Latin American countries have suffered.

The Charter, in effect, enumerates among the *essential elements of the representative democracy*, in addition to having periodical, fair and free elections based on the universal and secret vote as expression of the will of the people; the following: respect for human rights and fundamental liberties; access to power and its exercise with subjection to the Rule of law; plural regime of the political parties and organizations; and what is the most important of all, “*separation and independence of public powers*” (Article 3), that is, the possibility to control the different branches of government. The *Inter-American Charter* in addition, also defined the following *fundamental components of the democracy*: transparency of governmental activities; integrity, responsibility of governments in the public management; respect of social rights and freedom of speech and press; constitutional subordination of all institutions of the State to the legally constituted civil authority, and respect to the Rule of law of all the entities and sectors of society.

The principle of separation and independence of powers is so important, as one of the “essential elements of democracy”, that it is the one that can allow all the other “fundamental components of democracy” to be politically possible. To be precise, democracy, as a political regime, can only function in a constitutional Rule of law system where the control of power exists; that is, check and balance based on the separation of powers with their independence and autonomy guaranteed, so that power can be stopped by power itself. Consequently, without separation of powers and the possibility of control of power, any of the other essential factors of democracy cannot be guaranteed, because only by controlling Power, can free and fair elections and political pluralism exist; only by controlling Power, can effective democratic participation be possible, and effective transparency in the exercise of government be assured; only by controlling Power can there be a government submitted to the Constitution and the laws, that is, the Rule of law; only by controlling Power can there be an effective access to justice functioning with autonomy and independence; and only by controlling Power can there be a true and effective guaranty for the respect of human rights.²

1 See on the Inter-American Democratic Charter, in Allan R. Brewer-Carías, 2002. *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Caracas: Ediciones El Nacional, pp. 137 ff.; Asdrúbal Aguiar, 2008. *El Derecho a la Democracia*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

2 See Allan R. Brewer-Carías, 2007. Democracia: sus elementos y componentes esenciales y el control del poder. Nuria González Martín (Comp.), 2007. *Grandes temas para un observatorio electoral ciudadano, Vol. I, Democracia: retos y fundamentos*, México. Instituto Electoral del Distrito Federal, pp. 171-220.

The consequence of the aforementioned, is that democratic regimes cannot exist without separation of powers, and in particular, without the possibility of an independent and autonomous Judicial Power with the capacity of controlling all the other powers of the State. That is why the most important principle governing the functioning of the Judiciary in democratic regimes, is the independence and autonomy of judges, so they can apply the rule of law without interference from other State's Powers, from institutions, corporation or even from citizens; and only subjected to the rule of the Constitution and of law.

2. *The Provisions of the Venezuelan Constitution regarding the Judicial System and its Governance*

For such purpose, in contemporary world, Constitutions have included express provisions in such respect, being no exception the Venezuelan Constitution of 1999.³ In effect, according to article 253 of the Constitution, the power to render or administer justice emanates from the citizenry and is imparted “in the name of the Republic and by the authority of the law.” For such purposes, Article 26 of the Constitution provides that the State must guaranty a “cost-free, accessible, impartial, adequate, transparent, autonomous, independent, accountable, equitable, and expeditious justice, without undue or dilatory delay, formalism, or unnecessary replication of procedures.”⁴ Consequently, the Constitution denies the Judiciary the power to establish court costs or fees, or to require payment for services (Article 254).

The system of justice, according to the same Article 253 of the Constitution, is composed not only by the organs of the Judicial Branch (Supreme Tribunal of Justice and all the other courts established by law), but by the offices of the Prosecutor General, the Peoples' Defender, the criminal investigatory organs, the penitentiary system, the alternative means of justice, the citizens who participate in the administration of justice as provided in the law, and the attorneys authorized to practice law.⁵

The principle of the independence of the Judicial Power is set forth expressly in Article 254 of the Constitution, which, in addition, establishes its financial

3 See on the Venezuelan 1999 Constitution, Allan R. Brewer-Carías, 2004. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 Vol. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

4 See Gustavo Urdaneta Troconis, 2001. *El Poder Judicial en la Constitución de 1999. Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Vol. I. Caracas: Imprenta Nacional, pp. 521-564.

5 See the Law on the Judicial System, (2009). *Gaceta Oficial* N° 39.276 of October 1, 2009, Caracas: Imprenta Nacional. See Román J. Duque Corredor 2008. *El sistema de Justicia*, in Jesús María Casal, Alfredo Arismendi y Carlos Luis Carrillo Artiles (Coord.), 2008, *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Vol. II, Caracas: Universidad Central de Venezuela/ Universidad Católica Andrés Bello, pp. 87-112.

autonomy,⁶ and assigns “functional, financial, and administrative autonomy” to the Supreme Tribunal. For such purpose the Constitution provides that within the National general annual budget, an appropriation of at least two percent (2%) of the ordinary national budget is established for the judiciary, a percentage amount that cannot be changed without prior approval by the National Assembly.

With the purpose of guaranteeing the impartiality and independence of judges in the exercise of their duties, Article 256 of the Constitution requires that magistrates, judges and prosecutors of the Public Prosecutor and the Public Defenders’ offices may not, from the time of entering their respective jobs until they step down, engage in partisan political activity other than voting. This includes political party activism, union, guild and similar activities. Magistrates, judges and prosecutors are also prohibited from engaging in private or business activities that are incompatible with their judicial functions, on their own behalf or on the behalf of others, and they may not undertake any other public functions other than educational activities. In addition, Judges are prohibited from associating with one another (Article 256), which is a limit regarding the constitutional right of association set forth in Article 52 of the Constitution.

According to Article 257 of the Constitution, the fundamental instrument for the realization of justice is the judicial process; regarding which the procedural laws must establish simplified, uniform and effective procedures, and adopt brief, public, and oral proceedings, through which in no case justice should be sacrificed based on the omission of non-essential formalities. These provisions are complemented by Article 26 of the Constitution that set forth that the State must guarantee expeditious justice without undue delay, formalisms, or useless procedural repositions. In addition, being the alternative means of justice part of the judicial system (Article 253), Article 258 of the Constitution imposes on the Legislator the duty to promote arbitration, conciliation, mediation, and other alternative means for conflicts resolution.

Finally Article 255 of the Constitution, judges are personally responsible for unjustified errors, delays, or omissions, for substantial failures to observe procedural requirements, for abuse of or refusal to apply the law (*denegación*), for bias, for the crime of graft (*cohecho*) and for criminally negligent or intentional injustice (*prevaricación*) effectuated in the course of performing their judicial functions.

One of the innovations of the 1999 Constitution was to confer to the Supreme Tribunal of Justice “the Governance and Administration of the Judicial Branch,” while eliminating the former Council of the Judiciary (*Consejo de la Judicatura*) which exercised these functions under Article 217 of the Constitution of 1961, as one of the organ with functional autonomy separate and independent from all the branches of government, including the former Supreme Court of Justice.

Consequently, since 2000, as provided in Article 267 of the Constitution, the Supreme Tribunal of Justice is charged with the direction, governance and administration of the Judicial Branch, including inspection and oversight of the

6 See Juan Rafael Perdomo, 2003. Independencia y competencia del Poder Judicial, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, pp. 483 a 518.

other courts of the Republic as well as the offices of the Public Defenders.⁷ For such purposes the Supreme Tribunal is in charge of drafting and putting into effect its own budget and the budget of the Judicial Branch in general, according to principles set out in Article 254.

In order to perform these functions, the plenary Supreme Tribunal of Justice has created an Executive Directorate of the Judiciary (*Dirección Ejecutiva de la Magistratura*) with regional offices. Judicial Circuits are to be established and organized by statute, as are the creation of jurisdictions of tribunals and regional courts in order to promote administrative and jurisdictional decentralization of the Judicial Power (Article 269).

As mentioned, jurisdiction for judicial discipline is to be carried out by disciplinary tribunals as determined by law (Article 267), which nonetheless was only formally established in 2010-2011 after the sanctioning of the Code of Ethics of the Venezuelan Judge, providing that disciplinary proceedings must be public, oral, and brief, in conformity with due process of law.

3. *The Constitutional Regulations regarding the Stability and Independence of Judges*

The basic constitutional provision in order to guaranty the independence and autonomy of courts and judges is established in Article 255, which provides for a specific mechanism to assure the independent appointment of judges, and to guaranty their stability.

In this regard, the judicial tenure is considered as a judicial career, in which the admission as well as the promotion of judges within it must be the result of a public competition or examinations to assure the excellence and adequacy of qualifications of the participants, who are to be chosen by panels from the judicial circuits (Article 255). The naming and swearing-in of judges is to be done by the Supreme Tribunal of Justice, and the citizens' participation in the selection procedure and designation of judges are to be guaranteed by law. Unfortunately, up to 2011, all these provisions have not been applicable because of a lack of legislation implementing them.

The Constitution also creates a Judicial Nominations Committee (Article 270) as an organ for the assistance of the Judicial Branch in selecting not only the Magistrates for the Supreme Tribunal of Justice (Article 264), but also to assist

7 See the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice 2010. *Gaceta Oficial* N° 39.522 of October 1, 2010. See Allan R. Brewer-Carías and Víctor Hernández Mendible, 2010. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia 2010, Caracas*: Editorial Jurídica Venezolana; Laura Louza, 2002. El Tribunal Supremo de Justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4. Caracas, pp. 379-437; Nérida Peña Colmenares, 2002. El Tribunal Supremo de Justicia como órgano de dirección, gobierno, administración, inspección y vigilancia del Poder Judicial venezolano”, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, pp. 391 a 434; and Olga Dos Santos, 2002. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, in *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 6, Caracas, pp. 373 a 378.

judicial colleges in selecting judges for the courts including those of the jurisdiction in Judicial Discipline. This Judicial Nominations Committee is to be composed of representatives from different sectors of society, as determined by law. The law is required to promote the professional development of judges, to which end universities are to collaborate with the judiciary by developing training in judicial specialization in law school curricula. Nonetheless, none of these provisions have been implemented, and on the contrary, since 1999, the Venezuelan Judiciary has been almost completely composed by temporal and provisional judges,⁸ lacking stability and being subjected to political manipulation, altering the people's right to an adequate administration of justice.

On the other hand, in order to guaranty the stability of judges according to the express provision of the Constitution, they can only be removed or suspended from office through judicial procedures or trails expressly established by statutes, led by Judicial Disciplinary Judges (Article 255). Nonetheless, up to 2011, because of the lack of implementing the Disciplinary Jurisdiction, judges were removed without due process guaranties by a "transitory" Reorganization Commission of the Judicial Power in charge of the disciplinary procedures, only eliminated in June 2011, which has been substituted by courts but whose judges are appointed by the political organ of the State, the National Assembly, instead of by the Supreme Tribunal of Justice.

4. The catastrophic dependence of the Judiciary in the Venezuelan Authoritarian Government

Now, despite all the provisions included in the text of the 1999 Constitution, since 1999, Venezuela has experienced a process of progressive concentration of powers, implemented by controlling the nomination of the head of the State's organs. In effect, on of the mechanism established in the 1999 Constitution in order to assure their independence of powers was the provision of a system to assure that their appointment by the National Assembly was to be limited by the necessary participation of special collective bodies called Nominating Committees that must be integrated with representatives of the different sectors of society (arts. 264, 279, 295). Those Nominating Committees were to be in charge of selecting and nominating the candidates, guaranteeing the political participation of the Citizens in the process.

8 The Inter-American Commission on Human Rights said: "The Commission has been informed that only 250 judges have been appointed by opposition concurrence according to the constitutional text. From a total of 1.772 positions of judges in Venezuela, the Supreme Court of Justice reports that only 183 are holders, 1331 are provisional and 258 are temporary", 2003. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*; OAS/Ser.L/V/II.118. d.C. 4rev. 2; December 29, 2003, paragraph 11. The same Commission also said that "an aspect linked to the autonomy and independence of the Judicial Power is that of the provisional character of the judges in the judicial system of Venezuela. Today, the information provided by the different sources indicates that more than 80% of Venezuelan judges are "provisional". *Idem*, Paragraph 161.

Consequently, the appointment of the Justices of the Supreme Tribunal, and of all other head of the other State's powers can only be made among the candidates proposed by the corresponding "Nominating Committees," which are the ones in charge of selecting and nominating the candidates before the Assembly. These constitutional provisions, were designed in order to limit the discretionary power the political legislative organ traditionally had to appoint those high officials through political party agreements, by assuring political Citizenship participation.⁹ Unfortunately, these exceptional constitutional provisions have not been applied, due to the fact that the National Assembly during the past years, defrauding the Constitution, has deliberately "transformed" the said Committees into simple "parliamentary Commissions" reducing the civil society's right to political participation. The Assembly in all the statutes sanctioned regarding such Committees and the appointment process, has established the composition of all the Nominating Committees with a majority of parliamentary representatives (whom by definition cannot be representatives of the "civil society"), although providing, in addition, for the incorporation of some other members chosen by the National Assembly itself from strategically selected "non-governmental Organizations."¹⁰ The result has been the complete political control of the Nominating Committees, and the persistence of the discretionary political and partisan way of appointing the official heads of the non elected branches of government, which the provisions of the 1999 Constitution intended to limit, by a National Assembly that since 2000 has been completely controlled by the Executive.

That is why, that in this context, it was hardly surprising to hear former President Chávez, when referring to the delegate legislation enacted by him, to say in August 2008, simply: "*I am the Law.... I am the State !!*";¹¹ repeating the same phrases he used in 2001, also referring to other series of decree-laws he enacted at

9 See Allan R. Brewer-Carías, 2005. La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San Jose, Costa Rica, pp. 76-95.

10 See regarding the distortion of the "Judicial Nominating Committee" in Allan R. Brewer-Carías, 2004. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana; the distortion on the "Citizen Power Nominating Committee" in Allan R. Brewer-Carías *et al.*, 2005. *Ley Orgánica del Poder Ciudadano*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana; and in Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007, 2008. *Revista de Derecho Público*, N° 113, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 85-88; and the distortion on the Electoral Nominating Committee in Allan R. Brewer-Carías, 2007. *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Caracas: Universidad Central de Venezuela, N° 2, pp 197-230.

11 Hugo Chávez Frías, August 28, 2008. See in Gustavo Coronel, 2008. Las Armas de Coronel, October 15, 2008, available at <http://lasarmasdecoronel.blogspot.com/2008/10/yo-soy-la-leyyo-soy-el-estado.html>

that time as delegate legislation.¹² Such phrases, as we all know, were attributed in the seventeenth century to Louis XIV, in France, as a sign of the meaning of an Absolute Monarchy –although in fact he never expressed them–;¹³ but to hear in our times a Head of State saying them, is enough to understand the tragic institutional situation that Venezuela is currently facing, characterized by a complete absence of separation of powers and, consequently, of a democratic and rule of law government.¹⁴ Consequently, since 1999, a tragic setback has occurred in Venezuela regarding democratic standards, by means of a continuous, persistent, and deliberate process of demolishing the rule of law institutions¹⁵ and of destroying democracy in a way never before experienced in all the constitutional history of the country.¹⁶

-
- 12 See in *El Universal*, Caracas, December 4, 2001, pp. 1,1 and 2,1. This explains what was said by the Head of State in 2009 considering “representative democracy, separation of Powers and alternate government” as doctrines that “poisons the masses mind.” See Hugo Chávez, 2009. Hugo Chávez seeks to catch them young, *The Economist*, August 22-28, 2009, p. 33.
- 13 See Yves Guchet, 1990. *Histoire Constitutionnelle Française (1789–1958)*, Paris : Ed. Erasme, p.8.
- 14 See the summary of this situation in Teodoro Petkoff, 2008. Election and Political Power. Challenges for the Opposition”, *Revista. Harvard Review of Latin America*, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University, pp. 12. See also Allan R. Brewer-Carías, 2005. Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder,” in Diego Valadés (Coord.), 2005. *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 73-96.
- 15 See in general, Allan R. Brewer-Carías, 2005. La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004), *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, pp. 33-174; Allan R. Brewer-Carías, 2007. El constitucionalismo y la emergencia en Venezuela: entre la emergencia formal y la emergencia anormal del Poder Judicial, Allan R. Brewer-Carías, 2007. *Estudios Sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 245-269; and Allan R. Brewer-Carías 2007. La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006), *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Madrid: Marcial Pons, pp. 25-57, available at www.allanbrewercarias.com, (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios N° 550, 2007) pp. 1-37. See also Allan R. Brewer-Carías, 2008. *Historia Constitucional de Venezuela*, Vol. II. Caracas, Editorial Alfa, pp. 402-454.
- 16 See, in general, Allan R. Brewer-Carías, 2007. El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia y su formalización en “Venezuela mediante la reforma constitucional. (De cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema eleccionario para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta “dictadura de la democracia” que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional), *Temas constitucionales. Planteamientos ante una Reforma*, Fundación

This has led to the complete control of the Judiciary, which after being initially intervened by the Constituent National Assembly in 1999,¹⁷ with the consent and complicity of the former Supreme Court of Justice, which endorsed the creation of a Commission of Judicial Emergency¹⁸ that continued to function, although with another name, in violation of the new Constitution, until 2011.¹⁹ In this matter, in the past fifteen years the country has witnessed a permanent and systematic demolition process of the autonomy and independence of the judicial power, aggravated by the fact that according to the 1999 Constitution, as aforementioned, the Supreme Tribunal that is completely controlled by the Executive is in charge of administering all the Venezuelan judicial system, particularly, by appointing and dismissing judges.²⁰

de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas FUNEDA, pp. 13-74; and Allan R. Brewer-Carías, 2009. La demolición del Estado de Derecho en Venezuela Reforma Constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009), *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 6, Madrid, Editorial Iustel, pp. 52-61.

- 17 See on the national Constituent Assembly of 1999: Allan R. Brewer-Carías, 2008. Constitution Making in Defraudation of the Constitution and Authoritarian Government in Defraudation of Democracy. The Recent Venezuelan Experience”, *Lateinamerika Analysen*, 19, 1/2008, GIGA, German Institute of Global and Area Studies, Hamburg: Institute of Latin American Studies, pp. 119-142. On August 19, 1999, the National Constituent Assembly decided to declare “the Judicial Power in emergency.” *Gaceta Oficial* N° 36.772 of August 25, 1999 reprinted in *Gaceta Oficial* N° 36.782 of September 8, 1999. See in Allan R. Brewer-Carías, 1999. *Debate Constituyente*, vol. I, Fundación de Derecho Público, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 57-73; and in *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre de 1999, Session of August 18, 1999, N° 10, pp. 17-22. See the text of the decree in *Gaceta Oficial* N° 36.782 of September 08, 1999
- 18 “Resolution” of the Supreme Court of Justice of August 23, 1999. See the comments regarding this Resolution in Allan R. Brewer-Carías, 1999. *Debate Constituyente*, vol. I, Fundación de Derecho Público, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 141 ff. See also the comments of Lolymar Hernández Camargo, 2000. *La Teoría del Poder Constituyente*, San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira, pp. 75 ff..
- 19 See Allan R. Brewer-Carías, 2002. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 160.
- 20 See Rafael J. Chavero Gazdik, 2011. *La Justicia Revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) Judicial en Venezuela*, Caracas: Editorial Aequitas; Laura Louza Scognamiglio, 2011. *La revolución judicial en Venezuela*, Caracas: FUNEDA; Allan R. Brewer-Carías, 2005. La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004), *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, pgs. 33-174; and Allan R. Brewer-Carías, 2007. La justicia sometida al poder (La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006), *Cuestiones Internacionales. Anuario*

The process began by the National Constituent Assembly, after eliminating the Supreme Court itself, and dismissing its Magistrates, with the appointment, in 1999, of new Magistrates of the new Supreme Tribunal of Justice, without complying with the constitutional conditions, by means of a Constitutional Transitory regime sanctioned after the Constitution was approved by referendum.²¹ That Supreme Tribunal, completely packed with the government supporters, has been precisely the one that during the past fifteen years has been the most ominous instrument for consolidating authoritarianism in the country. From there on, the intervention process of the Judiciary continued up to the point that the President of the Republic has politically controlled the Supreme Tribunal of Justice and, through it, the complete Venezuelan judicial system.

For that purpose, the constitutional conditions needed to be elected Magistrate of the Supreme Tribunal and the procedures for their nomination with the participation of representatives of the different sectors of civil society, were violated since the beginning. First, as aforementioned, in 1999 by the National Constituent Assembly itself once it dismissed the previous Justices, appointing new ones without receiving any nominations from any Nominating Committee, and many of them without compliance with the conditions set forth in the Constitution to be Magistrate. Second, in 2000, by the newly elected National Assembly, by sanctioning a Special Law in order to appoint the Magistrates in a transitory way without complying with the Constitution.²² This reform, as the Inter-American Commission on Human Rights emphasized in its *2004 Annual Report*, “lack the safeguards necessary to prevent other branches of government from undermining the Supreme Tribunal’s independence and to keep narrow or temporary majorities from determining its composition.”²³ Third, in 2004, again by the National Assembly by sanctioning the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, increasing the number of Justices from 20 to 32, and distorting the constitutional conditions for their appointment and dismissal, allowing the government to assume an absolute

Jurídico Villanueva 2007, Centro Universitario Villanueva, Madrid: Marcial Pons, pp. 25-57.

21 See in *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, *Noviembre 1999–Enero 2000*, Session of December 22, 1999, N° 51, pp. 2 ff. See *Gaceta Oficial* N° 36.859 of December 29, 1999; and *Gaceta Oficial* N° 36.860 of December 30, 1999.

22 For this reason, in its *2003 Report on Venezuela*, the Inter-American Commission on Human Rights, observed that the appointment of Judges of the Supreme Court of Justice did not apply to the Constitution, so that “the constitutional reforms introduced in the form of the election of these authorities established as guaranties of independence and impartiality were not used in this case. See Inter-American Commission of Human Rights, *2003 Report on Venezuela*; paragraph 186.

23 See IACHR, *2004 Annual Report (Follow-Up Report on Compliance by the State of Venezuela with the Recommendations made by the IACHR in its Report on the Situation of Human Rights in Venezuela [2003])*, para. 174. Available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/chap.5b.htm>

control of the Supreme Tribunal, and in particular, of its Constitutional Chamber.²⁴ And fourth, in 2010, once more, the National Assembly reformed the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, first in a regular way,²⁵ and subsequently in an irregular manner,²⁶ in order to pack the Tribunal with new government controlled members.

After this 2004 reform, the process of selection of new Justices has been subjected to the President of the Republic will, as was publicly admitted by the President of the parliamentary Commission in charge of selecting the candidates for Magistrates of the Supreme Tribunal Court of Justice, who later was appointed Minister of the Interior and Justice. On December 2004, he said the following:

“Although we, the representatives, have the authority for this selection, the President of the Republic was consulted and his opinion was very much taken into consideration.” He added: “Let’s be clear, we are not going to score auto-goals. In the list, there were people from the opposition who comply with all the requirements. The opposition could have used them in order to reach an agreement during the last sessions, but they did not want to. We are not going to do it for them. There is no one in the group of postulantes that could act against us...”²⁷

This configuration of the Supreme Tribunal, as highly politicized and subjected to the will of the President of the Republic has been reinforced in 2010,²⁸ eliminating all autonomy of the Judicial Power and even the basic principle of the separation of power, as the corner stone of the Rule of Law and the base of all democratic institutions.

-
- 24 *Gaceta Oficial* N° 37.942 of May 20, 2004. See the comments in Allan R. Brewer-Carías, 2004. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- 25 *Gaceta Oficial* N° 39.483 of August 9, 2010 and N° 39.522 of October 1, 2010. See the comments in Allan R. Brewer-Carías and Víctor Hernández Mendible, 2010. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- 26 See the comments Víctor Hernández Mendible, 2010. Sobre la nueva reimpression por ‘supuestos errores’ materiales de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, octubre 2010, *Revista de Derecho Público*, No. 124, Caracas Editorial Jurídica Venezolana, pp-110-123; and Antonio Silva Aranguren, 2010. Tras el rastro del engaño, en la web de la Asamblea Nacional,” *Revista de Derecho Público*, No. 124, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp-112-113.
- 27 See in *El Nacional*, Caracas 12-13-2004. That is why the Inter-American Commission on Human Rights suggested in its Report to the General Assembly of the OAS corresponding to 2004 that “these regulations of the Organic Law of the Supreme Court of Justice would have made possible the manipulation, by the Executive Power, of the election process of judges that took place during 2004”. See Inter-American Commission on Human Rights, 2004 *Report on Venezuela*; paragraph 180.
- 28 See Hildegard Rondón de Sansó, 2010. *Obiter Dicta*. En torno a una elección, *La Voce d’Italia*, Caracas December 14, 2010.

On the other hand, as aforementioned, according to Article 265 of the 1999 Constitution, the Magistrates can be dismissed by the vote of a qualified majority of the National Assembly, when grave faults are committed, following a prior qualification by the Citizen Power. This qualified two-thirds majority was established to avoid leaving the existence of the heads of the judiciary in the hands of a simple majority of legislators. Unfortunately, this provision was also distorted by the 2004 Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, in which it was established in an unconstitutional way that the Magistrates could be dismissed by simple majority when the “administrative act of their appointment” is revoked (Article 23,4). This distortion, contrary to the independence of the Judiciary, although eliminated in the reform of the Law in 2010, also pretended to be constitutionalized with the rejected 2007 Constitutional reform, which proposed to establish that the Magistrates of the Supreme Tribunal could be dismissed in case of grave faults, but just by the vote of the majority of the members of the National Assembly.

The consequence of this political subjection is that all the principles tending to assure the independence of judges at any level of the Judiciary have been postponed. In particular, the Constitution establishes that all judges must be selected by public competition for the tenure; and that the dismissal of judges can only be made through disciplinary trials carried out by disciplinary judges (Articles 254 and 267). Unfortunately, none of these provisions have been implemented, and on the contrary, since 1999, the Venezuelan Judiciary has been composed by temporal and provisional judges,²⁹ lacking stability and being subjected to the political manipulation, altering the people’s right to an adequate administration of justice. And regarding the disciplinary jurisdiction of the judges, it was only in 2010³⁰ when it was established. Until then, with the authorization of the Supreme Tribunal, a “transitory” Reorganization Commission of the Judicial Power created since 1999, continued to function, removing judges without due process.³¹

29 The Inter-American Commission on Human Rights said: “The Commission has been informed that only 250 judges have been appointed by opposition concurrence according to the constitutional text. From a total of 1772 positions of judges in Venezuela, the Supreme Court of Justice reports that only 183 are holders, 1331 are provisional and 258 are temporary”, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*; OAS/Ser.L/V/II.118. d.C. 4rev. 2; December 29, 2003; paragraph 11. The same Commission also said that “an aspect linked to the autonomy and independence of the Judicial Power is that of the provisional character of the judges in the judicial system of Venezuela. Today, the information provided by the different sources indicates that more than 80% of Venezuelan judges are “provisional”. Idem, Paragraph 161.

30 The Law on the Ethics Code of the venezuelan Judges *Gaceta Oficial* N° 39.494 of August, 24, 2010, created the expected Disciplinary Judicial Jurisdiction. In 2011 the corresponding tribunal was appointed.

31 See Allan R. Brewer-Cariás, 2007. *La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006)*”, *Derecho y democracia. Cuadernos*

The worst of this irregular situation is that since 2006 the problem of the provisional status of judges has been “regularized” through a “Special Program for the Regularization of Tenures”, addressed to accidental, temporary or provisional judges, bypassing the entrance system constitutionally established by means of public competitive exams (Article 255), by consolidating the effects of the provisional appointments and their consequent power dependency.

5. *The Judiciary packed by Temporal and Provisional Judges and the use of the Judiciary for Political Persecution*

Through the Supreme Tribunal, which is in charge of governing and administering the Judiciary, the political control over all judges has been also assured, reinforced by means of the survival until 2011, of the 1999 “provisional” Commission on the Functioning and Restructuring of the Judicial System, which was legitimized by the same Tribunal, making completely inapplicable the 1999 constitutional provisions seeking to guarantee the independence and autonomy of judges.³²

In effect, as aforementioned, according to the text of the 1999 Constitution, judges can only enter the judicial career by means of public competition that must be organized with citizens’ participation. Nonetheless, this provision has not yet been implemented, being the judiciary almost exclusively made up of temporary and provisional judges, without any stability. Regarding this situation, for instance, since 2003 the Inter-American Commission on Human Rights has repeatedly express concern about the fact that provisional judges are susceptible to political manipulation, which alters the people’s right to access to justice, reporting cases of dismissals and substitutions of judges in retaliation for decisions contrary to the government’s position.³³ In its *2008 Annual Report*, the Commission again verified

Universitarios, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Año II, N° 11, Caracas: Universidad Metropolitana, pp. 122-138.

- 32 See in general, Allan R. Brewer-Carías, 2005. *La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)*,” *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*, Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, pp. 33-174; Allan R. Brewer-Carías, 2007. *El constitucionalismo y la emergencia en Venezuela: entre la emergencia formal y la emergencia anormal del Poder Judicial*, in Allan R. Brewer-Carías, *Estudios Sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, 2007. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 245-269; and Allan R. Brewer-Carías 2007. *La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)*,” *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Madrid: Marcial Pons, pp. 25-57, available at www.allanbrewercarias.com, (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios N° 550, 2007) pp. 1-37. See also Allan R. Brewer-Carías, 2008. *Historia Constitucional de Venezuela*, vol II. Caracas: Editorial Alfa, pp. 402-454.
- 33 See *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela*; OAS/Ser.L/V/II.118. doc.4rev.2; December 29, 2003, Paragraphs 161, 174, available at <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2003eng/toc.htm>.

the provisional character of the judiciary as an “endemic problem” because the appointment of judges was made without applying constitutional provisions on the matter –thus exposing judges to discretionary dismissal– which highlights the “permanent state of urgency” in which those appointments have been made.³⁴

Contrary to these facts, according to the words of the Constitution in order to guarantee the independence of the Judiciary, judges can be dismissed from their tenure only through disciplinary processes, conducted by disciplinary courts and judges of a Disciplinary Judicial Jurisdiction. Nonetheless, as aforementioned, that jurisdiction was only created in 2011, corresponding to that year the disciplinary judicial functions to the already mentioned transitory Commission,³⁵ which, as reported by the same Inter-American Commission in its *2009 Annual Report*, “in addition to being a special, temporary entity, does not afford due guarantees for ensuring the independence of its decisions,³⁶ since its members may also be appointed or removed at the sole discretion of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, without previously establishing either the grounds or the procedure for such formalities.”³⁷

The Commission had then “cleansed” the Judiciary of judges not in line with the authoritarian regime, removing judges in a discretionary way when they have issued decisions not within the complacency of the government.³⁸ This led the Inter-American Commission on Human Rights, to observe in its *2009 Annual Report*, that “in Venezuela, judges and prosecutors do not enjoy the guaranteed tenure necessary to ensure their independence.”³⁹

One of the leading cases showing this situation took place in 2003, when a High Contentious Administrative Court ruled against the government in a politically

34 See *Annual Report 2008* (OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5 rev. 1. 25 febrero 2009), paragraph 39.

35 The Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal has decided that the dismiss of temporal judges is a discretionary power of the Commission on the Functioning and Reorganization of the Judiciary, which adopts its decision without following any administrative procedure rules or due process rules. See Decision N° 00463-2007 of March 20, 2007; Decision N° 00673-2008 of April 24, 2008 (cited in Decision N° 1.939 of December 18, 2008, p. 42). The Chamber has adopted the same position in Decision N° 2414 of December 20, 2007 and Decision N° 280 of February 23, 2007.

36 See Decisión N° 1.939 of December 18, 2008 (Caso: *Gustavo Álvarez Arias et al.*)

37 Véase *Annual Report 2009*, Par. 481, en <http://www.cidh.org/annualrep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm>.

38 Decision N° 1.939 (Dec. 18, 2008) (Case: *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), in which the Constitutional Chamber declared the non-enforceability of the decision of the Inter American Court of Human Rights of August 5, 2008, Case: *Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela Serie C*, N° 182.

39 See *Informe Anual de 2009*, paragraph 480, available at <http://www.cidh.oas.org/annual-rep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm>

charged case regarding the hiring of Cuban physicians for medical social programs. In response to a provisional judicial measure suspending the hiring procedures, due to discrimination allegations made by the Council of Physicians of Caracas,⁴⁰ the government after declaring that the decision was not going to be accepted⁴¹ seized the Court using secret police officers, and dismissed its judges after being offended by the President of the Republic.⁴² The case was brought before the Inter-American Court of Human Rights and after it ruled in 2008 that the dismissal effectively violated the American Convention on Human Rights,⁴³ the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal response to the Inter-American Court ruling, at the request of the government, was that the decision of the Inter-American Court could not be enforced in Venezuela.⁴⁴ As simple as that, showing the subordination of the Venezuelan judiciary to the policies, wishes, and dictates of the President.

In December 2009, another astonishing case was the detention of a criminal judge (María Lourdes Afiuni Mora) for having ordered, based on a previous recommendation of the UN Working Group on Arbitrary Detention, the release of an individual in order for him to face criminal trial while in freedom, as guaranteed in the Constitution.

The same day of the decision, the president publicly asked for the judge to be incarcerated asking to apply her a 30-year prison term, which is the maximum punishment in Venezuelan law for horrendous or grave crimes. The fact is that judge has remained to this day in detention without trial. The UN Working Group described these facts as “a blow by President Hugo Chávez to the independence of judges and lawyers in the country,” demanding “the immediate release of the judge,” concluding that “reprisals for exercising their constitutionally guaranteed functions

40 See Decision of August, 21 2003, in *Revista de Derecho Público*, nº 93-96, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 445 ff. See the comments in Claudia Nikken, 2003. El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” *Revista de Derecho Público*, nº 93-96, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 5 ff.

41 The President of the Republic said: “Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren ...” (You can go with your decision, I don’t know where; you will enforce it in your house if you want ...”). See *El Universal*, Caracas, August 25, 2003 and *El Universal*, Caracas, August 28, 2003.

42 See in *El Nacional*, Caracas November 5, 2004, p. A2.

43 See Inter-American Court of Human Rights, case: *Apitz Barbera et al. (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) v. Venezuela*, Decision of August 5, 2008, available at www.corteidh.or.cr. See also, *El Universal*, Caracas, October 16, 2003; and *El Universal*, Caracas, September 22, 2003.

44 Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, Decision N° 1.939 of December 18, 2008 (Case: *Abogados Gustavo Álvarez Arias et al.*) (Exp. N° 08-1572), available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

and creating a climate of fear among the judiciary and lawyers' profession, serve no purpose except to undermine the rule of law and obstruct justice."⁴⁵

The fact is that in Venezuela, no judge can adopt any decision that could affect the government policies, or the President's wishes, the state's interest, or public servants' will, without previous authorization from the same government.⁴⁶ That is why the Inter-American Commission on Human Rights, after describing in its *2009 Annual Report* "how large numbers of judges have been removed, or their appointments voided, without the applicable administrative proceedings," noted "with concern that in some cases, judges were removed almost immediately after adopting judicial decisions in cases with a major political impact," concluding that "The lack of judicial independence and autonomy vis-à-vis political power is, in the Commission's opinion, one of the weakest points in Venezuelan democracy."⁴⁷

In this context of political subjection, the Constitutional Chamber, since 2000, far from acting as the guardian of the Constitution, has been the main tool of the authoritarian government for the illegitimate mutation of the Constitution, by means of unconstitutional constitutional interpretations,⁴⁸ not only regarding its own powers of judicial review, which have been enlarged, but also regarding substantive matters. The Supreme Tribunal has distorted the Constitution through illegitimate and fraudulent "constitutional mutations" in the sense of changing the meaning of its provisions without changing its wording. And all this, of course, without any possibility of being controlled,⁴⁹ so the eternal question arising from the uncontrolled power, – *Quis custodiet ipsos custodes* –, in Venezuela also remains unanswered.

45 See the text of the UN Working Group in http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/%28httpNewsByYear_en%29/93687E8429BD53A1C125768E00529DB6?OpenDocument&cntxt=B35C3&cookielang=fr. In October 14, 2010, the same Working Group asked the venezuelan Government to subject the Judge to a trial ruled by the due process guaranties and in freedom." See in *El Universal*, October 14, 2010, available at http://www.eluniversal.com/2010/10/14/pol_ava_instancia-de-la-onu_14A4608051.shtml

46 See Antonio Canova González, 2008. *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Política Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Caracas: FUNEDA, p. 14.

47 See in ICHR, *Annual Report 2009*, paragraph 483, available at <http://www.cidh.oas.org/-annualrep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm>.

48 See Allan R. Brewer-Carías, 2008. *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

49 See Allan R. Brewer-Carías, 2005. *Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*, VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Arequipa: Fondo Editorial and Colegio de Abogados de Arequipa, 463-89; and Allan R. Brewer-Carías, 2007. *Crónica de la "In" Justicia constitucional: La Sala constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 11-44 and 47-79.

On the other hand, regarding some fundamental rights essentials for a democracy to function, like the freedom of expression, contrary to the principle of progressiveness established in the Constitution, it has been the Supreme Tribunal of Justice the State organ in charge of limiting its scope. First, in 2000, it was the Political-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal that ordered the media not to transmit certain information, eventually admitting limits to be imposed to the media, regardless of the general prohibition of censorship established in the Constitution.

The following year, in 2001, it was the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, the one that distorted the Constitution when dismissing an *amparo* action filed against the President of the Republic by a citizen and a nongovernmental organization asking for the exercise of their right to response against the attacks made by the President in his weekly TV program. The Constitutional Chamber reduced the scope of freedom of information, eliminating the right to response and rectification regarding opinions in the media when they are expressed by the president in a regular televised program. In addition, the tribunal excluded journalists and all those persons that have a regular program in the radio or a newspaper column, from the right to rectification and response.⁵⁰

In addition, in 2003, the Constitutional Chamber dismissed an action of unconstitutionality filed against a few articles of the Criminal Code that limit the right to formulate criticism against public officials, considering that such provisions could not be deemed as limiting the freedom of expression, contradicting a well established doctrine in the contrary ruled by the Inter-American Courts on Human Rights. The Constitutional Chamber also decided in contradiction with the constitutional prohibition of censorship, that through a statute it was possible to prevent the diffusion of information when it could be considered contrary to other provisions of the Constitution.⁵¹

Regarding other cases in which the Judiciary has been used for political persecution, they are referred to the exercise of freedom of expression, concluding in the shutdown of TV stations that had a line of political opposition regarding the government and the persecution of their main shareholders. One leading case was the *Radio Caracas Televisión* case, referred to a TV station that, in 2007, was the most important television station of the country, critical of the administration of

50 See Allan R. Brewer-Carías, 2001. La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, in Allan R. Brewer-Carías et al., 2001. *La libertad de expresión amenazada (Sentencia 1013)*, Caracas/San José: Edición Conjunta Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, pp. 17-57; and Jesús A. Davila Ortega, 2002. El derecho de la información y la libertad de expresión en Venezuela (Un estudio de la sentencia 1.013/2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), *Revista de Derecho Constitucional* 5, Caracas: Editorial Sherwood, pp. 305-25.

51 See *Revista de Derecho Público*, 93–94, 2003. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 136ff. and 164ff. See comments in Alberto Arteaga Sánchez et al., 2004. *Sentencia 1942 vs. Libertad de expresión*, Caracas.

President Hugo Chavez. In that case, it was the Supreme Tribunal in 2007, the State organ that materialized the State intervention in order to terminate authorizations and licenses of the TV station, whose assets were confiscated and its equipment assigned to a state-owned enterprise through an illegitimate Supreme Tribunal decision.⁵² The case is the most vivid example of the illegitimate collusion or confabulation between a politically controlled Judiciary and an authoritarian government in order to reduce freedom of expression, and to confiscate private property. For such purpose, it was the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice and the Political Administrative Chamber of the same Tribunal that in May 2007, instead of protecting the citizens' right of freedom of expression, conspired as docile instruments controlled by the Executive, in order to kidnap and violate them. In this case, it was the highest level of the Judiciary that covered the governmental arbitrariness with a judicial veil, executing the shout down of the TV Station, reducing the freedom of expression in the country, and with total impunity, proceeded to confiscate private property in a way that neither the Executive nor the Legislator, could have done, because being forbidden in the Constitution (art. 115). In the case, it was the Supreme Tribunal, which violated the Constitution, with the aggravating circumstance that the conspirators knew that their actions could not be controlled. This case has also been recently submitted before the Inter American Court of Human Rights.

Other cases of political persecution, also related to freedom of expression are the cases against Guillermo Zuloaga and Nelson Mezerhane; two very distinguish businessman that were the principal shareholders of Globovisión, the other independent TV station that after the takeover of Radio Caracas Television, remained with a critic line of opinion regarding the government. They both were harassed by the Public Prosecutor Office and by the Judiciary; accused of different common crimes that they did not commit; they were detained without any serious base their enterprises were occupied and their property confiscated. They both had to leave the country, without any possibility of obtaining Justice. Their cases have also been submitted before the Inter American Commission of Human Rights.

The Judiciary, particularly on criminal matters, has also been used as the government instrument to pervert Justice, distorting the facts in specific cases of political interest, converting innocent people into criminals, and liberating criminals of all suspicion. It was the unfortunate case of the mass killings committed by government agents and supporters as a consequence of the enforcement of the so-called Plan Avila, a military order that encouraged the shooting of peoples participating in the biggest mass demonstration in Venezuelan history which on April 11, 2002, was asking for the resignation of President Chávez. The soothing provoked a general military disobedience by the high commanders, in a way witnessed by all the country in TV, which ended with the military removal of the

52 See the Constitutional Chamber Decision N° 957 (May 25, 2007), in *Revista de Derecho Público* 110, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 117ff. See the comments in Allan R. Brewer-Carías, 2007. El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El caso RCTV, *Revista de Derecho Público*, N° 110, (abril-junio 2007), Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 7-32.

President, although just for a few hours, until the same military reinstated him in office. Nonetheless, in order to change history, the shooting and mass killing were re-written, and those responsible that everybody saw in live in TV, because being government supporters were gratified as heroes, and the Police Officials trying to assure order in the demonstration, like the Officers Simonovic and Forero, were blamed of crimes that they did not commit, and condemned of murder with the highest term of 30 years of prison. The former Chief Justice of the Criminal Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, general Eladio Aponte Aponte, confessed last year 2012 in a TV Program (SolTV)in Miami, when answering about if there were “political persons in prison in Venezuela, saying “Yes, there are people regarding which there is an order not to let them free,” referring particularly to “the Police Officers,” mentioning Officer Simonovic. The same former Justice, answering a question about “*Who gives the order,*” simply said: “The order comes from the President’s Office downwards,” adding that “we must have no doubts, in Venezuela there are no sewing point if it is not approved by the President.” He finally said, answering a question if he “*received the order not to let free Simonovis*” he explained that: “the position of the Criminal Chamber” was “To validate all that arrived already done; that is, in a few words, to accept that these gentlemen could not be freed.”⁵³

To hear this answers given by one who until recently was the highest Justice in the Venezuelan Criminal System, produce no other than indignation, because it was him, as Chief Criminal Justice, the one in charge of manipulating justice, in the way he confessed; condemning the Police Officers to 30 years in prison, just because obeying orders from the Executive.

6. *The use of the Judiciary to facilitate the Concentration of Power and the Dismantling of Democracy*

On different matters, regarding the organization of the State, the same illegitimate constitutional mutation has occurred regarding the federal system of distribution of competencies among territorial entities of the State, which in Venezuela is constitutionally organized as a “decentralized federal State;” a distribution that cannot be changed except by means of a constitutional reform. Specifically, for instance, the Constitution provides that the conservation, administration, and use of roads and national highways, as well as of national ports and airports of commercial use, are of the exclusive powers of the states, which they must exercise in “coordination” with the Federal government.

One of the purposes of the rejected 2007 constitutional reform was precisely to change this competency of the States. But in spite of the popular rejection of the reform, nonetheless, it was the Constitutional Chamber, through a decision adopted four month after the referendum (April 15, 2008), the State organ in charge of implementing the reform. The Chamber, in effect, when deciding an autonomous recourse for the abstract interpretation of the Constitution filed by the Attorney

53 See the text of the statement on, in *El Universal*, Caracas 18-4-2012, available at: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/120418/historias-secretas-de-un-juez-en-venezuela>

General, modified the content of that constitutional provision, considering that the exclusive attribution it contained, was not “exclusive,” but a “concurrent” one, to be exercised together with the federal government, which even could reassume the attribution or decree its intervention.⁵⁴

With this interpretation, again, the Chamber illegitimately modified the Constitution usurping popular sovereignty, compelling the National Assembly to enact legislation contrary to the Constitution, which it did in March 2009, by reforming of the Organic Law for Decentralization.⁵⁵

In other cases, the Constitutional Chamber has been the instrument of the government in order to assume direct control of other branches of government, as happened in 2002 with the take-over of the Electoral Power, which since then has been completely controlled by the Executive. This began in 2002 after the Organic Law of the Electoral Power⁵⁶ was sanctioned and the National Assembly was due to appoint the new members of the National Electoral Council. Because the representatives supporting the government did not have the qualified majority to approve such appointments by themselves and did not reached agreements on the matter with the opposition, when the National Assembly failed to appoint the members of the National Electoral Council, that task was assumed, without any constitutional power, by the Constitutional Chamber itself. Deciding an action that was filed against the unconstitutional legislative omission, the Chamber instead of urging the Assembly to comply with its constitutional duty, directly appointed the members of the Electoral Council, usurping the Legislator’s functions, but without complying with the conditions established in the Constitution for such appointments.⁵⁷ With this decision, the Chamber assured the government’s complete control of the Council, kidnapping the citizen’s rights to political participation, and allowing the official governmental party to manipulate the electoral results.

54 See Allan R. Brewer-Carías, 2008. La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público, *Revista de Derecho Público*, N° 114, (abril-junio 2008), Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 247-262; and Allan R. Brewer-Carías, 2009. La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la “reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, tomo 1, pp. 29-51

55 See *Gaceta Oficial* N° 39 140 of March 17, 2009

56 See *Gaceta Oficial* N° 37.573 of November 19, 2002

57 See Decision N° 2073 of August 4, 2003, Case: *Hermán Escarrá Malaver y otros*), and Decision N° 2341 of August 25, 2003, Case: *Hermán Escarrá y otros*. See in Allan R. Brewer-Carías, 2003/2004. El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004, *Studi Vrbinati, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N. 55,3, Urbino: Università degli Studi di Urbino, pp.379-436

Consequently, the elections held in Venezuela during the past decade have been organized by a politically dependent branch of government, without any guarantee of independence or impartiality. This is the only explanation, for instance, of the complete lack of official information on the final voting results of the December 2007 referendum rejecting the constitutional reform drafted and proposed by the President. The country, nowadays, still ignored the majority number of votes that effectively rejected the constitutional reform draft tending to consolidate in the Constitution the basis for a socialist, centralized, militaristic, and police state, as proposed by President Chávez.

The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal has also been the instrument in order to attack the democratic principle, limiting the right to be elected, imposing non elected officials as Head of State, or revoking the popular mandate of elected officials without having competency or jurisdiction.

Between January and March 2013, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, openly violated the democratic principle by imposing a non elected official as head of State, during the illness of former President Chávez and after his death, in two decisions adopted, in addition, without proving anything. The decisions were issued after deciding interpretations recourses of the Constitution: The first decision, No. 2 of January 9, 2013, was issued to resolve the legal situation of the non attendance by the President elected to his Inauguration for the presidential term 2013-2019, refusing the Constitutional Chamber to consider that the situation was one of absolute absence of the elected President, and instead constructing, without proving anything on the health condition of the elected and ill President, a supposed “administrative continuity” of Chávez, affirming that even been absent of the country (he was said to be in an Hospital in La Habana), he was supposedly effectively in charge of the Presidency, so his nonelected Vice President (N. Maduro) was to be in charge of the Presidency.⁵⁸ The second decision, No. 141, of March 8, 2013, was issued after the announcement of the death of President Chávez, but without proving such fact or when it did effectively occurred, in order to assure that the Vice President (N. Maduro), already imposed as President in charge by the same Supreme Tribunal, was to continue in charge of the Presidency; and additionally allowing him, contrary to the text of the Constitution, to be candidate to the same position in the subsequent election, without leaving the post.⁵⁹

In other decisions, also contrary to the democratic principle, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal revoked the popular mandate of two mayors, a decision that according to the Constitution only can be adopted by the people that elected the officials by means of a referendum (art. 74). The Supreme Tribunal, ignoring such principle and provision, without having constitutional competency and usurping the jurisdiction of the criminal courts that are the only competent to impose criminal sanctions to officials for not obeying judicial decisions, issued

58 See the text of the decision in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/02-9113-2013-12-1358.html>

59 See the text of the decision in <http://www.tsj.gov.ve.decisioes/scon/Marzo/141-9313-2013-13-0196.html>

decision No. 138 of March 17, 2014,⁶⁰ condemning the Mayors by considering that they had committed a crime (not to obey a preliminary injunction), and imprisoning them, without guarantying a due process of law. The common trend in this case was that both Mayors were from the opposition to the government

In another case, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal also revoked the popular mandate of a representative to the National Assembly, which also can only be revoked by the people through a referendum, issuing decision No. 207 of March 31, 2014,⁶¹ in a case that the Tribunal had already concluded because the action was declared inadmissible, proceeding the Tribunal to act *ex officio*, and interpret an article of the Constitution (Article 93), that prevent representatives to accept another public positions without losing their elected one. The initial petition that was declared inadmissible was a requested for the Tribunal to condemn the *the facto* actions of the President of the National Assembly to strip out the elected condition of one representative; being the result of the case, once declared the petition inadmissible, for the Tribunal, to *ex officio* decide to revoke the popular mandate to the representative that was supposed to be protected by the Tribunal. The reason for such decision was that the representative (María Corina Machado), had talked as such representative, before the Permanent Council of the Organization of American States, in a session devoted to analyze the political situation of Venezuela, from the site of the representative of Panama that had invited her to do so.

Finally, in another decision, the Supreme Tribunal, also in violation of the democratic principle, accepted that the right of a citizen to be elected, which is a constitutional right, could be limited by an administrative body as the General Audit Office, when issuing decisions imposing public officials the sanction of disqualifying them to run for elected positions. In decision N° 1265 of August 5, 2008,⁶² the Supreme Tribunal refused to declare that such disqualification for the exercise of a political right was contrary to the American Convention of Human Rights, that in Venezuela had constitutional hierarchy (Article 23). The lack of justice in Venezuela, lead the interested person, a former Mayor, to filed a petition before the Inter American Court of Human Right, seeking the protection of his political right, the result being a decision of such Court of September 1st, 2011 (case *López Mendoza vs. Venezuela*), condemning the Venezuelan State for the violation of the Convention. Nonetheless, the response of the State was to file before the Supreme Tribunal of Justice, at the initiative of the Attorney General, an action for “judicial review” of the Inter American Court decision, which was astonishingly admitted by the Constitutional Chamber, which through decision No. 1547 of October 17, 2011,⁶³ declared the Inter American Court of Human Rights as “non

60 See the text of the decision in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162025-138-17314-2014-14-0205.HTML>

61 See the text of the decision in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162546-207-31314-2014-14-0286.HTML>. Also in *Gaceta Oficial* No. 40385 April 2, 2014

62 See the text of the decision in <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>

63 See the text of the decision in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

enforceable” in Venezuela, recommending the Government to denounce the Convention. This eventually happened in 2012.

SOME CONCLUSIONS

The result of all these facts is that at the beginning of the twenty-first century, Latin America has witnessed in Venezuela the birth of a new model of authoritarian government that did not immediately originate itself in a military coup, as had happened in many other occasions during the long decades of last century, but in a constituent coup d'état and as result of popular elections, which despite its final goal of destroying the rule of law and democracy, have provided it the convenient camouflage of “constitutional” and “elective” marks, although of course, lacking the essential components of democracy, which are much more than the sole popular or circumstantial election of governments.

In particular, among all the essential elements and components of democracy, the one regarding the separation and independence of public powers is maybe the most fundamental pillar of the rule of law, because it is the only one that can allow the other factors of democracy to become political reality. To be precise, democracy, as a rule of law political regime, can function only in a constitutional system where control of power exists, so without effective check and balance, no free and fair elections can take place; no plural political system can be developed; no effective democratic participation can be ensured; no effective transparency in the exercise of government can be assured; no real government accountability can be secure; and no effective access to justice can be guaranteed in order to protect human rights.

All these factors are lacking at the present time in Venezuela, where a new form of constitutional authoritarianism has been developed, based on the concentration and centralization of state powers, which prevent any possibility of effective democratic participation, and any possible check and balance between the branches of government. Today, all the State organs are subjected to the National Assembly, and through it, to the President. That is why the legislative elections are so important, particularly bearing in mind that according to the Constitution, the presidential system of government was conceived to function only if the government has complete control over the Assembly. A government that does not have such control will find difficult to govern, being that the reason, for example, for the then President of the Republic, to declare just before the 2010 parliamentary election, that if the opposition was to win the control of the Assembly, “that would signify war.”

The fact is that after a fifteen years of demolishing the rule of law and the democratic institutions, by controlling, at the government will, all the branches of government, it will be very difficult for the government and its official party to admit the democratic need they have to share power in the Assembly.⁶⁴ They are not used to democracy, that is to say, they are not used to any sort of compromise and

64 See Allan R. Brewer-Carías, 2009. *Dismantling Democracy. The Chávez's Authoritarian Experiment*, New York: Cambridge University Press; Allan R. Brewer-Carías, 2014. *Authoritarian Government v. The Rule of Law*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

consensus, but only to impose their decisions; and that is why they, when in 2010 they lost the 2/3 majority they used to have in the Assembly, they announced that they were not going to participate in any sort of dialogue. That is why, even before the new elected representative took their seats in the Assembly in January 2011, the old Assembly approved an unconstitutional legislation in order to enforce what the people had rejected in a referendum of December 2007, the so-called “Communal State” which is based on the centralized framework of the so-called “Popular Power” to be exercised by “Communes” and by the government controlled “Communal Councils.”⁶⁵

One further example of the perversion of the Constitution and of the will of the people expressed in the September 2010 Legislative election, was the move made regarding the appointment of the new Magistrates of the Supreme Tribunal. What just a few weeks before was only a treat of the government, once it lost the 2/3 control of the National Assembly which prevented the government representatives to appoint by themselves in 2011, such magistrates; they immediately proceeded to appoint the new magistrates of the Supreme before the inauguration of the new elected members of the National Assembly in January 2011, avoiding the participation in the nominating process of the opposition members of the Assembly. Nonetheless, in order to make such appointments, which required a previous reform of the Organic Law of the Supreme Tribunal, for which they had no time to approve it; they proceeded to make such “reform,” not through the ordinary procedure, but through a completely irregular mechanism of “reprinting” the text of the statute in the *Official Gazette* based on a supposed “material error” in the copying of the text of the statute.⁶⁶

Article 70 of the Organic Law of the Supreme Tribunal, in effect, established that the term in order to propose candidates to be nominated Magistrate of the Supreme Tribunal before the Nominating Judicial Committee “must not be *less* than thirty continuous days;” wording that has been changed through a “notice” published by the Secretary of the Assembly in the *Official Gazette* stating that establishing that instead of the word “*less*” the correct word to be used in the antonym word “*more*” in the sense of the term “must not be more than thirty continuous days.” That means that the “reform” of the statute by changing a word (less to more), transformed a minimum term into a maximum term in order to reduce the term to nominate candidates and allow the current National Assembly to proceed to make the election before the new National Assembly initiates its activities in January 2010.⁶⁷

65 See the Organic Laws on the Popular Power, in *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. December 21, 2010. See on these Laws, Allan R. Brewer-Carías *et al.*, 2011. *Leyes Orgánicas del Poder Popular*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

66 See *Gaceta Oficial* N° 39.522 of October 1, 2010

67 See the comments in Víctor Hernández Mendible, 2010. Sobre la nueva reimpresión por “supuestos errores” materiales de la LOTSJ en la *Gaceta Oficial* N° 39.522, de 1 de octubre de 2010, Addendum to Allan R. Brewer-Carías and Víctor Hernández Mendible, 2010. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana; and Antonio Silva Aranguren, 2010. Tras el rastro del engaño, en la web de la Asamblea Nacional, Addendum to Allan R. Brewer-Carías

This is the “procedure” currently used in order to reform statutes, by means of the reprinting of the text in the *Official Gazette*, without any possible judicial review.

With this legal “reform,” the National Assembly, composed by representatives that by December 2010, after the Legislative elections, can be said that they did not represented the majority of the people, proceeded to fill the Supreme Tribunal of Magistrates members of the Official political party, and even with members of the same Assembly that were finishing their tenure and that did not comply with the constitutional conditions to be Magistrate. As the former magistrate of the Supreme Court of Justice, Hildegard Rondón de Sansó, wrote:

*“The biggest risk for the State of the improper actions of the Nation al Assembly in the recent nomination of the magistrates of the Supreme Tribunal of Justice, lies not only in the lacking, in the majority of the appointed of the constitutional conditions, but having taken into the apex of the Judicial Power the decisive influence of one sector of the legislative Power, due to the fact that for different Chambers, five legislators were elected.”*⁶⁸

The same former Magistrate Sansó affirmed that “a whole fundamental sector of the power of the State is going to be in the hands of a small group of persons that are not jurist, but politician by profession, to whom will correspond, among other functions, the control of normative acts,” adding that “the most grave I that those appointing, even for a single moment realized that they were designating the highest judges of the Venezuelan legal system that, as such, had to be the most competent, and of recognized prestige as the Constitution imposes.”⁶⁹ She concluded, as aforementioned, recognizing within the “grave errors” accompanying the nomination, the fact of:

*“The configuration of the Nominating Judicial Committee, that the Constitution created as a neutral organ, representing the ‘different sectors of society’ (Article 271), but the Organic Law of the Supreme Tribunal converted it in an unconstitutional way, into an appendix of the Legislative Power. The consequence of this grave error was unavoidable: those electing elected their own colleagues, considering that acting in such a way was the most natural thing in this world, and, as example of that, were the shameful applauses with which each appointment was greeted.”*⁷⁰

Unfortunately, the political control over the Supreme Tribunal of Justice has permeated to all the judiciary, due mainly to the already mentioned fact that in Venezuela, it is the Supreme Tribunal the one in charge of the government and administration of the Judiciary. This has affected gravely the autonomy and independence of judges at all levels of the Judiciary, which has been aggravated by

and Víctor Hernández Mendible, 2010. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

68 See Hildegard Rondón de Sansó, 2010. *Obiter Dicta*. En torno a una elección, *La Voce d’Italia*, 14-12-2010.

69 *Id.*

70 *Id.*

the fact that during the past fifteen years the Venezuelan Judiciary has been composed primarily of temporary and provisional judges, without career or stability, appointed without the public competition process of selection established in the Constitution, and dismissed without due process of law, for political reasons.⁷¹ This reality amounts to political control of the Judiciary, as demonstrated by the dismissal of judges who have adopted decisions contrary to the policies of the governing political authorities.

New York, April 2014

REFERENCE LIST:

Books:

Aguiar, Asdrúbal. 2008. *El Derecho a la Democracia*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Arteaga Sánchez et al., Alberto 2004. *Sentencia 1942 vs. Libertad de expresión*, Caracas: Editorial Aequitas.

Brewer-Carías, Allan R. 1999. *Debate Constituyente*, vol. I, Fundación de Derecho Público, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Brewer-Carías et al., Allan R. 2001. *La libertad de expresión amenazada (Sentencia 1013)*, Caracas/San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Editorial Jurídica Venezolana.

Brewer-Carías, Allan R. 2002. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Brewer-Carías, Allan R. 2002. *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Caracas: Ediciones El Nacional

Brewer-Carías, Allan R. 2004. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 Vol. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Brewer-Carías, Allan R. 2004. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Brewer-Carías et al, Allan R., 2005. *Ley Orgánica del Poder Ciudadano*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana;

Brewer-Carías, Allan R. . 2007. *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas: Colección Instituto de Derecho Público / Universidad Central de Venezuela.

Brewer-Carías, Allan R. 2007. *Estudios Sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, 2007. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

71 See Inter-American Commission on Human Rights, *Report on the Situation of Human Rights in Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 4 rev. 2, December 29, 2003, par. 174, available at <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2003eng/toc.htm>.

Brewer-Carías, Allan R. 2008. *Historia Constitucional de Venezuela*, 2 Vol. Caracas, Editorial Alfa,

Brewer-Carías, Allan R. 2008. *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Brewer-Carías, Allan R. 2009. *Dismantling Democracy. The Chávez’s Authoritarian Experiment*, New York: Cambridge University Press;

Brewer-Carías, Allan R. and Hernández Mendible, Víctor. 2010. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia 2010*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana

Brewer-Carías. *et al.*, Allan R. 2011. *Leyes Orgánicas del Poder Popular*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Brewer-Carías, Allan R. 2014. *Authoritarian Government v. The Rule of Law*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Canova González, Antonio. 2008. *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Caracas: FUNEDA, p. 14

Chavero Gazdik, Rafael J. 2011. *La Justicia Revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) Judicial en Venezuela*, Caracas: Editorial Aequitas.

Guchet, Yves. 1990. *Histoire Constitutionnelle Française (1789–1958)*, Paris: Ed. Erasme.

Hernández Camargo, Lolymar. 2000. *La Teoría del Poder Constituyente*, San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira.

Louza Scognamiglio, Laura. 2011. *La revolución judicial en Venezuela*, Caracas: FUNEDA;

Journals and Articles:

Brewer-Carías, Allan R. 2001. La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, in Allan R. Brewer-Carías et al., 2001. *La libertad de expresión amenazada (Sentencia 1013)*, Caracas/San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, 17-57.

Brewer-Carías, Allan R. 2004. El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004, *Studi Urbinate, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N. 55,3, Urbino: Università degli Studi di Urbino, 379-436.

Brewer-Carías, Allan R. 2005. Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder,” Diego Valadés (Coord.), 2005. *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 73-96.

Brewer-Cariás, Allan R. 2005. La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004), *XXX Jornadas J.M Dominguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 33-174.

Brewer-Cariás, Allan R. 2005. *Quis Custodiet ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación, *VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Arequipa: Fondo Editorial and Colegio de Abogados de Arequipa, 463-489

Brewer-Cariás, Allan R. 2005. La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5, San Jose, Costa Rica, 76-95.

Brewer-Cariás, Allan R. 2007. La justicia sometida al poder (La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006), *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Madrid: Marcial Pons, 25-57.

Brewer-Cariás, Allan R. .2007. La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006), *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Año II, N° 11, Caracas: Universidad Metropolitana, 122-138.

Brewer-Cariás, Allan R. 2007. El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El caso RCTV, *Revista de Derecho Público*, N° 110, (abril-junio 2007), Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 7-32.

Brewer-Cariás, Allan R. 2007. El constitucionalismo y la emergencia en Venezuela: entre la emergencia formal y la emergencia anormal del Poder Judicial, Allan R. Brewer-Cariás, 2007. *Estudios Sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 245-269

Brewer-Cariás, Allan R. 2007. El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia y su formalización en “Venezuela mediante la reforma constitucional. (De cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema eleccionario para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta “dictadura de la democracia” que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional), *Temas constitucionales. Planteamientos ante una Reforma*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas FUNEDA, 13-74

Brewer-Cariás, Allan R. . 2007. Democracia: sus elementos y componentes esenciales y el control del poder. Nuria González Martín (Comp.), 2007. *Grandes temas para un observatorio electoral ciudadano, Vol. I, Democracia: retos y fundamentos*, México. Instituto Electoral del Distrito Federal, 171-220.

Brewer-Cariás, Allan R. 2008. La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público, *Revista de Derecho Público*, N° 114, (abril-junio 2008), Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 247-262.

Brewer-Carías, Allan R. 2008. Constitution Making in Defraudation of the Constitution and Authoritarian Government in Defraudation of Democracy. The Recent Venezuelan Experience”, *Lateinamerika Analysen*, 19, 1/2008, GIGA, German Institute of Global and Area Studies, Hamburg: Institute of Latin American Studies, pp. 119-142.

Brewer-Carías, Allan R. 2008. Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007. *Revista de Derecho Público*, N° 113, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 85-88;

Brewer-Carías, Allan R. 2009. La demolición del Estado de Derecho en Venezuela Reforma Constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009), *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 6, Madrid: Editorial Iustel, 52-61.

Brewer-Carías, Allan R. 2009. La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la “reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, tomo 1, 29-51

Dávila Ortega, Jesús A. 2002. El derecho de la información y la libertad de expresión en Venezuela (Un estudio de la sentencia 1.013/2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), *Revista de Derecho Constitucional* 5, Caracas: Editorial Sherwood, 305-25.

Dos Santos, Olga. 2002. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia. *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 6, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 373-378.

Duque Corredor, Román J. 2008. El sistema de Justicia. In Jesús María Casal, Alfredo Arismendi y Carlos Luis Carrillo Artilles (Coord.), 2008, *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Vol. II, Caracas: Universidad Central de Venezuela/Universidad Católica Andrés Bello, 87-112

Hernández Mendible, Víctor. 2010. Sobre la nueva reimposición por ‘supuestos errores’ materiales de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, octubre 2010, *Revista de Derecho Público*, No. 124, Caracas Editorial Jurídica Venezolana, 110-123.

Louza, Laura . 2002. El Tribunal Supremo de Justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia., 379-437

Nikken, Claudia . 2003. El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos, *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 5 ff.

Peña Colmenares, Nélica . 2002. El Tribunal Supremo de Justicia como órgano de dirección, gobierno, administración, inspección y vigilancia del Poder Judicial

venezolano”, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, pp. 391 a 434.

Perdomo, Juan Rafael . 2003. Independencia y competencia del Poder Judicial, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, pp. 483 a 518.

Petkoff, Teodoro. 2008. Election and Political Power. Challenges for the Opposition”, *ReVista. Harvard Review of Latin America*, Harvard, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University, 12.

Rondón de Sansó, Hildegard 2010. Obiter Dicta. En torno a una elección, *La Voce d'Italia*, December 14.

Silva Aranguren, Antonio. 2010. Tras el rastro del engaño, en la web de la Asamblea Nacional,” *Revista de Derecho Público*, No. 124, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp-112-113.

Urdaneta Troconis, Gustavo. 2001. El Poder Judicial en la Constitución de 1999. *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Vol. I. Caracas: Imprenta Nacional, 521-564.

Statutes

Organic Law of the Electoral Power, *eta Oficial* N° 37.573 of November 19, 2002

Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, 2004. *Gaceta Oficial* N° 37.942, May 20, , Caracas: Imprenta Nacional.

Law on the Judicial System, 2009. *Gaceta Oficial* N° 39.276, October 1, Caracas: Imprenta Nacional.

Organic Law for Decentralization, *Gaceta Oficial* N° 39 140 of March 17, 2009

Law on the Etics Code of the venezuelan Judges, 2010, *Gaceta Oficial* N° 39.494, August, 24, , Caracas: Imprenta Nacional.

Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, 2010. *Gaceta Oficial* N° 39.522, October 1, Caracas: Imprenta Nacional.

Organic Laws on the Popular Power, 2010. *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. December 21, Caracas: Imprenta Nacional

Venezuelan Courts Decisions

Supreme Court of Justice of August, Resolution, August 23, 1999

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber. 2001 (*Sentencia 1013*)

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber. 2003. Decision N° 2073 , Case: *Hermán Escarrá Malaver y otros*, August 4, 2003

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber. 2003. Decision N° 2341, Case: *Hemann Escarrá y otros*, August 25, 2003,

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber. 2003. Decision No 1942, *Revista de Derecho Público* 93–94, 2003. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 136ff. and 164ff

§ 8. THE GOVERNMENT OF JUDGES AND DEMOCRACY.
XIX CONGRESS, VIENNA, 2014

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber. 2007. Decision N° 00463-2007, March 20.

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, 2008. Decision N° 00673-2008, April 24.

Supreme Tribunal of Justice, Politico Administrative Chamber, 2007, Decision N° 280 of February 23

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, 2007. Decision N° 957, case *Radio Caracas Televisión*, May 25. *Revista de Derecho Público* 110, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 117ff

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, 2008, Decision N° 1265 August 5. Available at <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-0508-08-05-1853.htm>

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, 2008. Decision N° 1.939, Case: *Abogados Gustavo Álvarez Arias et al*, December 18. available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, 2011, Decision No. 1547. October 17, available in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, 2013, Decision, No. 2 of January 9, available at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/02-9113-2013-12-1358.html>

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, 2013. Decision No. 141, March 8, available at <http://www.tsj.gov.ve.decisioes/scon/Marzo/141-9313-2013-13-0196.html>

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, 2014. Decision No. 138, March 17, 2014, available at in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/1620-25-138-17314-2014-14-0205.HTML>

Supreme Tribunal of Justice, Constitutional Chamber, 2014. Decision No. 207, March 31, available at in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162546-207-31314-2014-14-0286.HTML>. Also published in *Gaceta Oficial* No. 40385 April 2, 2014.

Supreme Tribunal of Justice, Politico Administrative Chamber. 2007. Decision N° 2414, December 20.

First Contentious Administrative Court, 2003. Decision August, 21, *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 445 ff.

International Reports:

Inter-American Commission on Human Rights, 2003. *Report on the Situation of Human Rights in Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 4 rev. 2, December 29, 2003, par. 174, available at <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2003eng/toc.htm>.

Inter-American Commission on Human Rights, 2003. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*; OAS/Ser.L/V/II.118. d.C. 4rev. 2; December 29, available at <http://www.cidh.oas.org/coun-tryrep/Venezuela2003eng/toc.htm>.

Inter-American Commission on Human Rights, 2004 *Annual Report* (Follow-Up Report on Compliance by the State of Venezuela with the Recommendations made by the IACHR in its Report on the Situation of Human Rights in Venezuela [2003]), Available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/chap.5b.htm>

Inter-American Commission on Human Rights, 2008. *Annual Report* (OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5 rev. 1. 25 febrero 2009

Inter-American Commission on Human Rights, 2009. *Informe Annual*, available at <http://www.cidh.oas.org/annual-rep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm>

Inter-American Commission on Human Rights, 2009. *Annual Report 2009*, available at <http://www.cidh.oas.org/-annualrep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm>.

United Nations Working Group in http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/%28httpNewsByYear_en%29/93687E8429BD53A1C125768E00529DB6?OpenDocument&cntxt=B35C3&cookielang=fr

Inter-American Court of Human Rights Decisions

Inter-American Court of Human Rights, 2008. case: *Apitz Barbera et al. (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) v. Venezuela*, August 5, Serie C, N° 182, available at www.corteidh.or.cr.

Inter American Court of Human Right, 2011, case *López Mendoza vs. Venezuela*, September 1st,

Online database

Coronel, Gustavo. 2008. *Las Armas de Coronel*, October 15, 2008, available at <http://lasarmasdecoronel.blogspot.com/2008/10/yo-soy-la-leyyo-soy-el-estado.html>

Eladio Aponte Aponte, *El Universal*, Caracas 18-4-2012, available at: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/120418/historias-secretas-de-un-juez-en-venezuela>

§ 9. ADMINISTRATIVE SILENCE AND THE GENERAL RULES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN VENEZUELA

National Report, *XXI International Congress of Comparative Law, Asuncion, Paraguay, July 2022**

1. THE GENERAL PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE: EXPRESS ISSUANCE OF ADMINISTRATIVE ACTS

The basic purpose of the administrative procedure as regulated in the Organic Law on Administrative Procedure of 1981,¹ is for the competent public administration to perform or adopt an administrative act or decision. Those administrative acts must be issued in an express and written form, following the conditions of validity for the issuance of administrative acts established therein. In

* Published in the book: P. Aberastury (ed.), *Administrative Silence*, Intersentia, Cambridge Intersentia 2023, pp. 455-469

1 See in *Official Gazette* N° 2.818 Extra. of 1 July 1981. See Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 12th Ed., Caracas 2001; Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002. See the Administrative Procedure Law of Venezuela in Allan R. Brewer-Carías, *Código de Leyes de procedimiento Administrativo en Iberoamérica. Estudio de derecho comparado*, Tercera edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021. The text of the Second edition is available at: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/07/Brewer.-2ed-CODIGO-DE-LEYES-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-IBEROAMERICA-CON-PORTADA.pdf>.

the same Law are also provided the different effects that these acts can produce according to their scope or addressees, and the modalities for their review within the same public administration.

For administrative acts to be considered valid, as a guarantee of the rights of the individuals, they must always be issued by the competent organ of public administration, after following the relevant administrative procedure, which can be commenced at the initiative of the same public administration, or at the request of an interested person exercising his/her right to petition.

In both cases, the administration is competent to follow the procedure established in the Organic Law, and to conclude it, by issuing the corresponding pronouncement, by which, pursuant to Article 2 of the Organic Law on Administrative Procedures, the competent administrative authority “must resolve the petitions filed before them.” Alternatively, it must “express the reasons for not resolving the matter” (Article 2).

Regarding administrative procedures initiated by an interested party, Article 51 of the 1999 Constitution provides for everyone to have the right to make petitions or file requests before any authority or public official concerning matters within their jurisdiction, and to obtain a timely and adequate response; adding the provision that whoever violates such right shall be punished in accordance with the law, including the possibility of dismissal from office.²

This constitutional right to petition has been developed by Article 9 of the Organic Law of Public Administration³ and Article 2 of Organic Law on Administrative Procedures,⁴ and also in an indirect way, in Article 32 of the Organic Law on the Administrative Contentious Jurisdiction.⁵

2 See Allan Brewer Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, Tomo I*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, p. 565.

3 *Official Gazette* N° 6.147 Extra. of 17 November 2014, p. 8 Article 9: “Public Officials have the obligation of receiving and attending, without exception, to petitions or requests filed by persons, through any written, oral, telephonic, electronic or informatics means; as well as responding to them in a timely and adequate manner, independently of the right that they have in order to file the corresponding administrative and judicial recourses, according to the law. Any public official who abstains from receiving petitions of requests from persons, or does not respond to them in an adequate and timely way, shall be sanctioned in conformity with the law.”

4 *Official Gazette* N° 2.818 Extra. of 1 July 1981, Article 2: “Every interested person, directly or through a representative, may file requests or petitions before any organ, entity or authority. The latter must resolve the requests or petitions received, or declare, as the case may be, the reasons for not responding.”

5 Article 32.1: “The legal term for the action for nullity shall expire: In case of administrative acts with specific effects, 180 continuous days after their notification to the interested person, or when the Administration has not resolved the corresponding administrative appeal within the term of 90 working days from the date of its filing. The illegality of an administrative act can always be raised as an exception, unless a

These provisions are meant to secure the people's right to file petitions before administrative authorities, and to obtain a prompt and due response, the public officers being obligated to make a determination and give a response; that is, they are "compelled to come to a decision on the matters submitted to them on the terms established",⁶ and incur liability when they do not accomplish it.

2. THE POSSIBLE EFFECTS OF THE PUBLIC ADMINISTRATION'S OMISSION TO RESPOND TO PETITIONS

But is a fact that the public administration does not always respond to the petitions filed or issue the administrative acts it is obligated to enact. That is why, to protect the citizen's right to obtain a prompt and adequate response to petitions filed before administrative authorities, among the specific legal remedies provided in cases of omission to respond within the legally set term, has been to legally assign specific effects to the absence of the expected pronouncement, that is, to the silence of the administration.⁷

This has been called, in administrative procedural law, the *administrative silence principle*, which has been included in various statutes, either assigning negative (*negative administrative silence*) or positive (*positive administrative silence*) effects to the administrative abstention.⁸ This is because the right to have a due and prompt response to petitions would not be really secured by punishing the public officers that violate it, since what the petitioner ultimately needs to know is what the determination of the public administration in charge would be, when considering the petition.

That is why, to secure the accomplishment of the duty of administration to respond to individuals' petitions and issue a decision, and in order to protect their right to a response, legislation has expressly given some effects to the absence of a public administration pronouncement, giving to the administration's inaction – that

special provision is provided." See Organic Law of the Administrative Contentious Jurisdiction, *Official Gazette* N° 39.451 of 22 June 2010.

6 See Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 93. See also José Martínez Lema, "El derecho de petición, el silencio administrativo y la acción de abstención o negativa a través de la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo", in *Revista de Derecho Público*, N° 45, January–March 1991, p. 185.

7 See in general: Allan R. Brewer-Carías, *La inactividad administrativa y el silencio de la administración. efectos y control. Estudios*, Ediciones Olejnik, Buenos Aires–Santiago de Chile–Madrid 2019, p. 128.

8 See Armando Rodríguez García, "El silencio administrativo como garantía de los administrados y los actos administrativos tácitos o presuntos", in Allan R. Brewer-Carías (ed.), *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, FUNEDA, Caracas 1998, p. 205.

is, to its silence – specific legal effects, whether negative or positive regarding what has been petitioned.⁹

In other words, the law has assigned to the public officer's silence a specific effect, it being legally understood that once the term for the administration to issue its determination ends, without the expected pronouncement being issued, a tacit administrative act is deemed to exist, either with positive or negative effects, according to the specific case,¹⁰ providing the petitioner with a determination on the matter under consideration, either in an affirmative way, granting what was requested, or in a negative way, rejecting the petition.¹¹

As was explained by Daniela Urosa and José Ignacio Hernández:

“The mechanism of the administrative silence is justified to alleviate, although partially, the absence of response and the legal uncertainty that such an omission implies, beyond being just a safeguard of the right to petition and the possibility to file the subsequent appeals. Notwithstanding this, silence does not fully satisfy such right to petition and to obtain a prompt and proper answer, but only succeeds as a temporary remedy for the lack of an express pronouncement.”¹²

In this way, as the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice set out in its ruling dated 6 April 2004 (case: *Ana Beatriz Madrid Agelvis*):

“administrative silence is, we insist, a safeguard of the constitutional right of due process, since it prevents the petitioner from having his subsequent means of defence – administrative and judicial – obstructed when facing the formal passiveness of the Administration, but does not secure the fundamental right to petition, since the implied pronouncement does not comply, absolutely, with the requirements of a prompt and proper answer in the terms of the precedents of this Chamber that have been previously referred to, and thus the Administration retains the duty to expressly make a decision even if administrative silence has operated and thus, as well, this Chamber has deemed in previous occasions that, in the absence of a prompt and express answer it is possible to seek an injunction for the protection of the fundamental right to petition.”¹³

9 See Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Lexis, Bogotá 2003, pp. 171–176.

10 See on the regime of administrative silence in comparative law, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid 1990, pp. 159–169.

11 See Humberto Romero-Muci, “El efecto positivo del silencio administrativo en el Derecho Urbanístico venezolano”, in Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, p. 141.

12 See in Daniela Maggi Urosa and José Ignacio Hernández, “Vicisitudes del Silencio Administrativo y los efectos negativos en la Legislación venezolana”, in *Temas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, FUNEDA, Caracas 2010, p. 731.

13 Constitutional Chamber of Supreme Tribunal of Justice, *Ana Beatriz Madrid Agelvis*, judgment of 6 April 2004. See the reference in Daniela Maggi Urosa and José Ignacio

The tacit administrative act produced as a consequence of administrative silence is to be considered a real administrative act, in the same sense as has been expressed in the Spanish Law 30/1992, dated 26 November 1992 on the Legal Regime of Public Administrations and Common Administrative Procedure, reformed in 1999 (Law 4/1999), whose Article 43.5 sets forth that “Administrative acts produced by means of administrative silence can be used before the Administration and against any natural or artificial, public or private person”. Article 43.3 of the same Law states: “The effects of administrative silence must be considered to all purposes as an administrative act that puts the procedure to an end.”¹⁴

In such cases, as Eduardo García de Enterría and Tomás-Ramón Fernández mention, particularly regarding its positive effects,

“administrative silence is a presumed authentic administrative act, in all equivalent to the express act, so once the term in which to make a decision provided by a legal provision has elapsed, the ‘subsequent resolution after the issuing of the act can only be adopted if it is confirmatory of the same’.”¹⁵

An example of the general trend on this matter when the effect given to administrative silence are positive, was summarised in the Law on Administrative Procedure of Peru, which establishes that in these cases of administrative procedures subject to positive administrative silence, the petitions are considered automatically approved in the terms in which they were filed, once the term established for the decision to be taken has elapsed without the petitioner receiving notification of the decision (Article 188.1). In these cases, administrative silence has for all purposes the character of a resolution that brings the procedure to an end, without prejudice to the possibility of the presumed act being declaring null and void (Article 188.2).

In cases in which administrative procedures are subject to the formula of negative effect, according to the same Law of Peru, it has the purpose of producing a presumed negative decision in order to grant the petitioner the possibility of challenging it, by means of the relevant administrative or judicial means (Article 188.3). Nonetheless, the presumed negative act cannot be considered *to be* the decision that the administration is obligated to issue. Consequently, in these cases, and in spite of the effect of negative administrative silence, the administration

Hernández, “Vicisitudes del Silencio Administrativo y los efectos negativos en la Legislación venezolana”, in *Temas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, FUNEDA, Caracas 2010, p. 731.

- 14 See the Administrative Procedure Law of Spain in Allan R. Brewer-Carías, *Código de Leyes de procedimiento Administrativo en Iberoamérica. Estudio de derecho comparado*, Tercera edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021. The text of the second edition is available at: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/07/Brewer.-2ed-CODIGO-DE-LEYES-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-IBEROAMERICA-CON-PORTADA.pdf>.
- 15 See Eduardo García de Enterría and Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Décima Tercera edición, Thomson Civitas, Madrid 2006, p. 607.

retains the obligation to decide, until the matter has been submitted to judicial or administrative review by means of the corresponding appeals (Article 188.4).¹⁶

3. THE GENERAL REGIME ON ADMINISTRATIVE SILENCE IN VENEZUELA: NEGATIVE SILENCE

The general rule established in the Organic Law on Administrative Procedures of Venezuela of 1982 follows the principle of *negative* administrative silence, in the sense that if the administration does not make a decision and respond to the petitioner within the legally established term to do so, it is understood that it has decided to reject the petition, namely it has made a negative determination regarding the claim made. This rule is expressly provided by Article 4 of the Organic Law on Administrative Procedures, as follows:¹⁷

“Article 4. When an entity of the Administration does not make a decision on a matter or appeal within the corresponding terms, it is understood that it has made a decision in a negative way, and the interested party may file the subsequent immediate appeal, except when an express provision establishes the contrary. This provision does not exempt the administrative entities and their officials from the liabilities that could result because of their omission or delay.

Single Paragraph

The repeated negligence by the officers responsible for resolving the matters or appeals that results in them being deemed decided in a negative way as established in this article, will cause written warnings according to the *Estatuto del Funcionario Público* (Civil Service Law), without prejudice to the fines that can be applied to them pursuant to article 100 of this Law.”

16 See the Administrative Procedure Law of Perú in Allan R. Brewer-Carías, *Código de Leyes de procedimiento Administrativo en Iberoamérica. Estudio de derecho comparado*, Tercera edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021. The text of the Second edition is available at: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/07/Brewer.-2ed-CODIGO-DE-LEYES-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-IBEROAMERICA-CON-PORTADA.pdf>.

17 See on the presumption inserted in Article 4 of the Organic on Administrative Procedures, Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 225–227. See also Armando Rodríguez García, “El silencio administrativo como garantía de los administrados y los actos administrativos tácitos o presuntos”, in Allan Brewer-Carías, *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, FUNEDA, Caracas 1998, pp. 207–208; Juan de Stefano, “El silencio administrativo”, in *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 70, 1988, p. 76, p. 81; José Antonio Muci Borjas, “El recurso jerárquico por motivos de mérito y la figura del silencio administrativo (Estudio comparativo con el derecho venezolano)”, in *Revista de Derecho Público*, N° 30, April–June 1987, pp. 11 ff.

Two general rules follow from this legal provision: first, the understanding that the administration has adopted a decision in a negative sense with regard to what has been petitioned; and second, the interested party can exercise his right to defence through the subsequent appeal against such presumed decision of rejection, either before a superior level in the hierarchy of public administration, or before the Courts of the Administrative Contentious Jurisdiction. It also makes the public servant responsible for his omission and failure to act, and if this behaviour is repeated, he incurs an administrative liability.¹⁸

Consequently, as this author affirmed in other work:

“regarding the defenseless position which citizens are in when no prompt decision is adopted by the Administration regarding their petitions and appeals, the only purpose that the provision of administrative silence in the Organic Law has by presuming the rejection of the corresponding request or appeal, is no other than to establish a benefit for them, precisely in order to overcome such defenselessness. Consequently, the provision of Article 4 of the Organic Law on Administrative Procedures has been drafted in support of the petitioners and not of the Administration.”¹⁹

This suggests that challenging the implied administrative act resulting from the administrative silence is a right of the petitioner, and never a burden. The petitioner is free to either challenge the tacit act resulting from the administrative silence or to wait for the administration to issue an express determination.²⁰

On the other hand, administrative silence can never be understood as a firm administrative act with respect to the existence of a time limit for challenging it.²¹

18 This is the consequence of the rule imposed by the provision upon the administration, implying that as a consequence of the expiry of the term established for the decision to be taken, if no decision is issued, it must be presumed that a tacit administrative act exists rejecting the petition or the appeal that has been filed. See Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 97–101. See also María Amparo Grau, “Comentario jurisprudencial sobre el tratamiento del silencio administrativo y la procedencia de la acción de amparo contra éste”, in *Revista de Derecho Público*, N° 47, July–September 1991, p. 197

19 Allan R. Brewer-Carías, “El sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, in *Revista de Derecho Público*, N° 8, October–December 1981, p. 28. See also Luis A. Ortiz-Álvarez, *El silencio administrativo en el derecho venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 13–14 and 18–41.

20 See José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas 2008, p. 982.

21 See Allan R. Brewer-Carías, “El sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, in *Revista de Derecho Público*, N° 8, October–December 1981, pp. 29–30.

The aforementioned has been highlighted in judgment N° 767 of the Political-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice dated 3 June 2009, reaffirming principles that the Tribunal established back in the 1980s. In such decision, the Supreme Tribunal basically referred to Article 20.21 of the former 2004 Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice (equivalent to Article 32 of the current Organic Law on the Administrative Contentious Jurisdiction, *Official Gazette* N° 39.451 of 22 June 2010), stating the following:

“Specifically the Chamber in decision N° 827 of July 17, 2008, ratified the opinion issued in decision of June 22, 1982 (Case of *Ford Motors de Venezuela*, in which the scope of the administrative silence established in Article 134 of the Organic Law of the Supreme Court of Justice then in force, equivalent to paragraph 20 of Article 21 of the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, was interpreted. In that decision, which is once again ratified, the Chamber concluded as follows:

1° That the provision included in the first part of Article 134 of the Organic Law of the Supreme Court of Justice (today paragraph 20 of Article 21 of the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice) establishes a legal guarantee which signifies a benefit for individuals.

2° That as such guarantee, it must be interpreted in an extended and non-restrictive sense, because on the contrary, instead of being favourable to the individual, as it was established, what could result is encouraging arbitrariness and reinforcing the privileges of the Administration.

3° That such guarantee consists in allowing, in the absence of an express administrative act concluding the administrative procedure, access to judicial review.

4° That the expiry of the term for the administrative silence, without the interested party filing the judicial review appeal, does not mean that he will lose the possibility to file the appeal against the act that could eventually be issued.

5° That the silence is not in itself an act, but an omission to decide, and consequently it cannot be understood that it converts itself into a firm act because of the simple expiry of the term within which to impugn it.

6° That the silence does not excuse the Administration from its duty to issue an express decision, duly reasoned.

7° That the petitioner is the one that must take the opportunity to file an appeal under the judicial review of administrative action jurisdiction, within the term established in Article 134 (today, paragraph 20 of Article 21), or later, when the Administration decides the administrative appeal.

8° That when the Administration expressly decides the administrative appeal, after the time limits established in Article 134 (today paragraph 20 of Article 21) have expired, the petitioner can file the application for judicial review against such particular act.

9° That from the moment in which an express decision of the administrative appeal is notified to the interested party, the general term of

six months established to file the corresponding application for judicial review begins; and

10° That if an express administrative decision is never issued, the interested party would not be able to file the application for judicial review of administrative action after the time limits established in Article 134 of the LOCSJ (today paragraph 20 of Article 21 of the LOTSJ) have expired’.”²²

4. SPECIAL PROVISIONS REFERRING TO THE NEGATIVE EFFECTS OF ADMINISTRATIVE SILENCE

Besides the general provisions in the Law on Administrative Procedures, in other special laws the same principle of the negative effects of administrative silence is provided.

For example, the 1999 Mining Law²³ expressly provides in two cases the negative effects of administrative silence once the term given to the administration to make a decision is expired, it being understood that the petition has been rejected. This is the case of Article 30, regarding petitions for authorisations concerning negotiations on mining concessions, where the statute provides that once the term established for the pronouncement to be issued (45 days) has elapsed, without an express determination, the absence of response is equivalent to a tacit administrative act rejecting the request.

Another case refers to the admission of petitions for mining concessions. Pursuant to Article 41, once such a petition has been formally filed and the conditions established in the Mining Law have been met, the Ministry must expressly admit or reject the petition and start the substantiation of the corresponding procedure, which must be notified to the interested party no later than 40 continuous days after the date of its filing (with a possible extension of ten additional working days). If the petitioner is not notified of either an admission or rejection of his request, according to such provision of the Law, the petition “would be considered as rejected by operation of law (*de pleno derecho*)”, meaning that the silence of the administration stands for a rejection of the petition.

5. THE PROVISIONS GRANTING POSITIVE EFFECTS TO ADMINISTRATIVE SILENCE

As mentioned above, in many countries, in contrast to the general rule established in Venezuela regarding the effects of the omission of the Public Administration to rule on petitions, the principle of *positive silence* has been adopted as the general rule. This principle of *positive administrative silence* has also been adopted in Venezuela but only in specific cases pursuant to express provisions of

22 See Decision N° 827 of the Political-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of 17 July 2008 (Case of *Roque's Air & Sea C.A.*), available at: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00827-17708-2008-2006-1505.html>.

23 Organic Law on Urban Land Use Planning, *Official Gazette* N° 33.868 of 16 December 1987.

statutes, as an exception to the general rule set forth in by the Organic Law on Administrative Procedures already referred to.

In Spain, for instance, the general principle is to give positive effects to administrative silence, as is provided by Article 43.2 of Law 30/1992, of 26 November 1992 on the Legal Regime of Public Administrations and Common Administrative Procedure (modified by 4/1999 of 13 January 1999) which establishes that:

“in any sort of petition, the interested parties can assume by virtue of administrative silence, that their requests have been granted, except when the contrary is established in any provision with legal rank or in a provision of Communitarian [European] Law.”²⁴

There is only one exception to this general rule: the Legislator has excluded from these positive effects silence in response to petitions whose favourable acceptance would result in transferring to the petitioner or third parties rights regarding the public domain or public service, in which case the principle of negative silence applies (Article 43).

In those cases where positive effects are given to administrative silence, the law recognises that for all purposes the result is that “an administrative act bringing to an end the administrative procedure exists”, clarifying –however – that the presumed act, when contrary to the legal order, as a matter of law (*de pleno derecho*) is to be deemed null and void when lacking the essential conditions set forth for the acquisition of rights (Article 62.1.f).

Thus, in cases of positive silence the existence of a tacit administrative act granting the petition is presumed, being normally applied in cases of authorisations and permits. In regard to this matter, Eduardo García de Enterría and Tomás Ramón Fernández have pointed out that:

“since the beginning, as administrative silence mainly referred to authorisations and approvals, the silence has been deemed a real administrative act, equivalent to the express authorisation or approval it substitutes; and the precedents have assumed, also from the beginning, that once [the act] has been produced, it is not possible for the Administration to decide in an express way in a sense contrary to the presumed granting of the authorisation or approval.”²⁵

The principle of positive administrative silence has also been established as the generally applicable one in statutes in Chile (Article 64 of the Law of 1980 on Administrative Procedure), Peru (Article 33 of the Law on Administrative

24 See the Administrative Procedure Law of Spain in Allan R. Brewer-Carías, *Código de Leyes de procedimiento Administrativo en Iberoamérica. Estudio de derecho comparado*, Tercera edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021. The text of the Second edition is available at: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/07/Brewer.-2ed-CODIGO-DE-LEYES-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-IBEROAMERICA-CON-PORTADA.pdf>.

25 See Eduardo García de Enterría and Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 6th ed., Editorial Civitas, Madrid 1993, pp. 572–573.

Procedure), and Ecuador (Article 207 of the Administrative Organic Law). In other countries the principle of positive effects of administrative silence is specifically established in all administrative procedures referring to authorisations, as is the case in Costa Rica (Article 330, General Law on Public Administration).²⁶

6. SPECIFIC PROVISIONS IN VENEZUELA LAW GRANTING POSITIVE EFFECTS TO ADMINISTRATIVE SILENCE

In other countries like Colombia (Article 41 of the Contentious Administrative Code), Argentina (Article 10 of the National Law on Administrative Procedure),²⁷ and Venezuela, also regarding authorisations,²⁸ the positive effects of administrative silence have been provided through special statutes.

In the case of Venezuela various statutes provide for administrative positive silence, as is the case, for instance, on matters of land use and planning and for the extension of concessions on mining activities.²⁹

This rule of administrative silence has generally been established in statutes regarding administrative authorisations that individuals must obtain from the public administration in order to perform a lawful activity.³⁰ In this respect, the Supreme Tribunal of Justice in Politico Administrative Chamber has said that:

-
- 26 See the Administrative Procedure Law of Chile, Perú, Ecuador and Costa Rica in Allan R. Brewer-Carías, *Código de Leyes de procedimiento Administrativo en Iberoamérica. Estudio de derecho comparado*, Tercera edición Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021. The text of the Second edition is available at: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/07/Brewer.-2ed-CODIGO-DE-LEYES-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-IBEROAMERICA-CON-PORTADA.pdf>.
- 27 See the Administrative Procedure Law of Colombia and Argentina, in Allan R. Brewer-Carías, *Código de Leyes de procedimiento Administrativo en Iberoamérica. Estudio de derecho comparado*, Tercera edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021. The text of the Second edition is available at: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/07/Brewer.-2ed-CODIGO-DE-LEYES-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-IBEROAMERICA-CON-PORTADA.pdf>.
- 28 See, for instance, a remote antecedent in the case of the 1979 Law on Quality Control and Technical Norms, in Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios a la Ley sobre normas técnicas y control de calidad de 30 de diciembre de 1979”, in *Revista de Derecho Público*, N° 1, p. 78.
- 29 See Luis A. Ortiz-Álvarez, *El silencio administrativo en el derecho venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 41–73; Daniela Maggi Urosa and José Ignacio Hernández, “Vicisitudes del Silencio Administrativo y los efectos negativos en la Legislación venezolana”, in *Temas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, FUNEDA, Caracas 2010, p. 731.
- 30 See Humberto Romero-Muci, “El efecto positivo del silencio administrativo en el Derecho Urbanístico venezolano”, in Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, p. 147.

“Administrative silence with positive effects has been established in order to give speediness and flexibility to control (*policía*) activity on matters related to the Administration and constitutes a guarantee for the individual, not only of a procedural administrative character, but allowing the effective possibility to perform activities that must be inspected by the Administration, provided that a legal provision exists for such purpose.”³¹

6.1 POSITIVE ADMINISTRATIVE SILENCE ON MATTERS OF LAND USE AND URBAN PLANNING

The traditional provision in this regard was established in the Organic Law on Land Use Planning (*Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*) of 1983,³² which also applies to certain approvals regarding actions by persons or enterprises that could affect the environment or imply occupation of territory, e.g. activities related to mining activities. Those activities must be previously approved to ensure their conformity with the guidelines and provisions of the applicable Land Plan. In such cases, the relevant petitions for authorisations and approvals having been filed, the result of administrative silence regarding such petitions is the presumption of a real administrative act granting them.³³

Pursuant to Articles 49 and 55 of the Organic Law on Land Use Planning, administrative silence and the resulting tacit administrative act is understood to be produced once the period of 60 days within which the Administration must make a decision on matters of authorisations and approvals has elapsed. In such cases, in addition, the administration is compelled to issue “proof or evidence” of said authorisation or approval when requested to do so, to certify that the period provided by the Law has elapsed without a pronouncement being issued.³⁴

This was the principle applied for many years, for instance, on matters of urban land use and planning pursuant to Article 85 of the Organic Law on Urban Land Use

31 See Decision N° 1414 of the Political-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of 1 June 2006, available at: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01414-010606-2003-1547.htm>.

32 See Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Colección Textos Legislativos, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984.

33 See Margarita Escudero León, “El requisito procesal del acto previo a la luz de la jurisprudencia venezolana”, in *Revista de Derecho Público*, N° 57–58, January-June, 1994, pp. 479–481.

34 See Allan R. Brewer-Carías, “Introducción al régimen jurídico de la ordenación del territorio”, in *Ley Orgánica de la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 64–68. See also Humberto Romero-Muci, “El efecto positivo del silencio administrativo en el Derecho Urbanístico venezolano”, in Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, pp. 152–157; Román J. Duque Corredor, “La Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y el Urbanismo Municipal”, in *Revista de Derecho Público*, N° 18, April–June 1984, p. 107.

Planning (*Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*) of 1987,³⁵ whereas in cases of silence of the public administration, the requested urban development authorisations were tacitly granted.³⁶

The general characteristic of the application positive effects to administrative silence according to these statutes is that once the administrative act is understood as existing and granting the petition, it creates rights for the petitioner that subsequently cannot be ignored or revoked by the administration, the only exception being when such tacit administrative act is considered null and void (affected by absolute nullity) according to Article 19 of the Organic Law on Administrative Procedures.

If the petitioner has complied with all the formal and substantive conditions legally prescribed for his petition,³⁷ once the term granted to the administration to decide on the petition goes by, the authorisation requested is deemed granted, and a tacit administrative act declaring rights for its holder is presumed to exist, that cannot be revoked or repealed by the administration. That is to say, when the principle of positive administrative silence is applied, the administration is prevented from issuing another decision to a different effect, which means that once the positive silence has produced its effects, the administration cannot make an express decision rejecting the petition. On the contrary, such a decision would itself be null and void pursuant to Article 19 of the Organic Law on Administrative Procedures.

35 Organic Law on Urban Land Use Planning, *Official Gazette* N° 33.868 of 16 December 1987.

36 On positive administrative silence in the Organic Law on Land Use Planning, see Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, pp. 66–67; Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística: el control urbanístico previo y la nueva técnica autorizatoria”, in *Revista de Derecho Público*, N° 32, October–December 1987, pp. 53–54. See also Humberto Romero-Muci, “El efecto positivo del silencio administrativo en el Derecho Urbanístico venezolano”, in Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, pp. 158 ff.; Juan Domingo Alfonzo Paradisi, “Aplicabilidad del silencio administrativo positivo en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística”, in Fernando Parra Aranguren (ed.), *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2002, pp. 61 ff.

37 The tacit administrative act containing an authorisation, due to the application of the principle of administrative silence, cannot be contrary to the provisions of the Law. Otherwise, as ruled by the Political-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice in Decision N° 1217 of 11 July 2007, the tacit administrative act according to Articles 82 and 83 of the Organic Law on Administrative Procedures can be considered null and void, and as not granted. The court added that “[t]he authorisation granted by virtue of positive silence, could not be contrary to the law, administrative silence not having any derogatory effects regarding statutes.” See Decision N° 1217 of the Political-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of 11 July 2007 (Case of *Inversiones y Cantera Santa Rita, C.A. v. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente*), in *Revista de Derecho Público*, N° 111, July–September 2007, p. 208.

6.2 POSITIVE ADMINISTRATIVE SILENCE EFFECTS REGARDING PROCEDURES FOR EXTENDING MINING CONCESSIONS

Another special statute where a positive effect has been granted to administrative silence is the Mining Law, in which in cases of a petition for extension of a concession, under Article 25 once the period established for a pronouncement to be adopted elapses, if no express resolution is adopted, it is considered that the absence of a response is equivalent to a tacit administrative act of granting the request.

In such cases of petitions for an extension of existing mining concessions, the Mining Law, after establishing the obligation of the Ministry to decide such petitions within the term of six months from when the petition is filed, adopted the principle of *positive* administrative silence, assigning to the silence positive effects. It is in that sense that the aforementioned Article 25 of the Law expressly sets forth that if there is no notice of a determination in answer to a petition requesting an extension of a concession, “it is understood that the extension is granted.”

Thus, administrative silence produces a tacit administrative act granting the requested extension, which has the same general effects of non-revocability that all administrative acts have. Consequently, once the extension is granted through the tacit administrative act, the administration cannot issue another subsequent act to the contrary, purporting to deny the extension. On the contrary, if such decision is made, as any other decision repealing the effects of the tacit administrative act, it would be considered null and void pursuant to Article 19 of the Organic Law on Administrative Procedures.

The basic condition to be met by the concessionaire, in order for the Ministry of Mines to grant the extension of a concession, is by the time of its request, the payments of all its debts with the Republic (*solvente con la República*) according to the Mining Law and its regulations, and also, the compliance with the clauses of the concessions, the Mining Title and mining contracts. Thus, administrative acts deciding to extend a mining concession are administrative acts that create rights in favour of the concessionaire, in general terms subject to the principles and rules regarding the revocability of administrative acts as provided in the administrative procedure legislation. These principles apply, regardless of whether the extension of the concession has been given through an express administrative act, or by means of a tacit administrative act resulting from the legal effects of the positive administrative silence aforementioned. Nonetheless, it must be noted that in the case of the Mining Law, administrative acts granting concessions or extending the term of concessions, as administrative acts creating rights in favour of the concessionaires, although being in principle irrevocable administrative acts, can be declared terminated (*caducidad*) and the mining rights contained in them extinguished, in any of the specific cases listed in Article 98 of the Mining Law, all relating to compliance by the concessionaire with his legal and contractual obligations.

GENERAL INDEX

A FEW WORDS OF CELEBRATION	11
----------------------------------	----

**GENERAL REPORTS TO THE INTERNATIONAL ACADEMY OF
COMPARATIVE LAW CONGRESSES
Uppsala, Pescara, Teherán, Caracas, Montreal,
Bristol, Washington
(1966-2010)**

**§ 1. LE RÉGIME DES ACTIVITÉS INDUSTRIELLES ET COMMERCIALES
DES POUVOIRS PUBLICS EN DROIT COMPARÉ**

*Rapport Général au VI^{ème} Congrès international de droit comparé,
Académie international de droit comparé, Uppsala, août 1966*

Introduction	19
I. Les diverses formes juridiques utilisées par les pouvoirs Publics pour développer leurs activités Commerciales et industrielles.....	36
1. Le régime juridique des activités industrielles et commerciales directement développées par l'Etat	40
A. Régime juridique interne	41
B. Régime juridique externe	44
2. Le régime juridique des activités industrielles et commerciales développées par l'Etat par l'intermédiaire d'organismes doués de personnalité propre et séparée	45
A. Les régies d'Etat	48
B. Les établissements publics industriels et commerciaux	49
(a) Régime juridique interne.....	51
(b) Régime juridique externe	55
(c) Formes juridiques spéciales	58
C. Formes juridiques intermédiaires	59

(a) Les «Public et les Government Corporations».....	60
a. Régime juridique interne:	63
b. Régime juridique externe:.....	69
(b) L'entreprise d'Etat des pays socialistes.....	72
a. Régime juridique interne:	77
b. Régime juridique externe:.....	81
(c) Formes juridiques spéciales	82
D. Sociétés commerciales de capital public.....	83
(a) La société commerciale publique unipersonnelle	85
(b) La société d'économie mixte.....	89
II. Le contrôle sur les activités industrielles et Commerciales de l'état.....	91
1. Le contrôle administratif	92
A. Contrôle administratif direct	93
(a) Le contrôle hiérarchique	94
(b) Le contrôle de tutelle.....	95
(c) Le contrôle exercé par l'intermédiaire d'organes administratifs de planification et de coordination.....	99
B. Contrôle administratif indirect	104
2. Le contrôle parlementaire.....	109
3. Le contrôle réalisé par les institutions supérieures de contrôle des finances publiques.....	113
4. Le contrôle réalisé par des groupements d'intérêts de la collectivité	117
Conclusions	123

§ 2. LES LIMITES A LA LIBERTÉ DE INFORMATION EN DROIT
COMPARÉ (PRESSE, RADIO, CINÉMA, TÉLÉVISION)

*Rapport general au VIII^{ème} Congrès international de droit comparé,
Academie international de droit comparé, pescara, août-septembre 1970*

INTRODUCTION	125
I. LE CONTRÔLE DE L'ETAT SUR LES MOYENS D'INFOR- MATION	131
1. Le monopole étatique sur l'information.....	131

GENERAL INDEX

2.	Le régime des entreprises d'information.....	132
A.	Le régime des sociétés de presse.....	132
B.	Le régime des entreprises de radio et télévision.....	134
C.	Le régime des entreprises cinématographiques	136
3.	Le régime des agences de diffusion d'information	137
II.	LES LIMITATIONS AU CONTENU DE L'INFORMATION	138
1.	La véracité de l'information. Les fausses nouvelles.....	139
2.	Les informations limitées ou interdites	141
A.	En raison de la sécurité de l'Etat.....	141
B.	En raison de l'ordre public.....	142
C.	En raison de l'ordre judiciaire.....	143
D.	En raison de l'ordre personnel: La protection des droits de la personnalité	144
III.	LES CONSÉQUENCES DES LIMITATIONS A LA LIBERTÉ D'INFORMATION	145
1.	Les garanties: le droit de rectification et le droit de réponse ou de réplique	145
2.	Les mesures de police dans la liberté d'information.....	147
A.	Les mesures de police en relation à la presse.....	147
(a)	La censure	147
(b)	L'interdiction de la publication, distribution et vente.....	148
(c)	La saisie des publications.....	149
B.	Les mesures de police en relation à la radio et à la télévision	149
(a)	La censure	149
(b)	La révocation ou la suspension de l'autorisation.....	150
(c)	L'interdiction de l'émission	150
C.	Les mesures de police concernant le cinéma.....	150
(a)	La censure	150
(b)	L'interdiction d'exploitation et d'exportation.....	151
(c)	L'interdiction de projection.	151
3.	La répression pénale: les délits et contraventions de l'information	151

CONCLUSIONS: LA LIBERTÉ D'INFORMATION ET LE DROIT À L'INFORMATION.....	152
§ 3. REGIONALIZATION IN ECONOMIC MATTERS IN COMPARATIVE LAW	
<i>General Report to the IX international Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Téhéran, September 27-October 4, 1974</i>	
INTRODUCTION	155
I. Economic Regionalization	157
1. The Influence of Economics on Law.....	157
2. Conflicts between the Needs of Contemporary Administration and the Traditional Politico-Territorial Divisions	158
3. Regionalization as a Requirement of Economic Policy and Planning.....	159
II. Administrative Regionalization	161
1. The Impact of Regional Planning in Public Administration	161
2. The Region in the Sphere of Action of the Central Administration.....	161
A. Regionalization of the National Public Administration	161
B. The Coordination of the Actions of the Central Administration on the Regional Level	162
C. The Disconcentration of the Central Administration towards the Regions.....	164
D. Functional Decentralization of the Central Administration towards the Regions	165
3. The Region in the Sphere of Action of the Local Administration...	167
A. Regional Concentration of Intermediate Administration	167
B. The Concentration of Local-Municipal and Urban Administration and the Creation of Intermediate Levels	168
III. Political Regionalization	170
1. Territorial Decentralization as a Goal of Regionalization	170
2. The Regions as “Territorial Collectivities”	171
3. City-Regions as “Territorial Collectivities”	174
CONCLUSION.....	175

§ 4. LA DÉCENTRALISATION TERRITORIALE. AUTONOMIE
TERRITORIALE ET RÉGIONALISATION POLITIQUE

*Rapport Général au XI^{ème} Congrès international de droit comparé, Académie
internationale de droit comparé, Caracas, août-septembre 1982*

INTRODUCTION	177
I. LA DÉCENTRALISATION POLITIQUE COMME PHÉNOMÈNE ET IMPÉRATIF CONTEMPORAIN	181
1. La crise de l'Etat national centralisé	181
2. La crise des formes classiques de l'Etat et le dépassement de la dichotomie: Etat unitaire-Etat fédéral	182
3. Le centralisme des vieilles fédérations.....	183
4. Les nouveaux fédéralismes.....	186
5. La décentralisation des Etats unitaires	188
II. LA FORMULE DE L'ETAT RÉGIONAL	189
1. Antécédents	189
2. L'Etat régional italien	190
3. L'Etat de communautés et de régions en Belgique	191
4. L'Etat de Communautés Autonomes espagnol	192
5. La régionalisation politique de la France et l'Etat régional	193
6. Autres expériences de régionalisation politique.....	194
CONCLUSION.....	194

§ 5. LES PROTECTIONS CONSTITUTIONNELLES ET LÉGALES CONTRE
LES IMPOSITIONS CONFISCATOIRES

*Rapport général au XIII^{ème} Congrès international de droit comparé, Académie
internationale de droit comparé, Montréal 1990*

INTRODUCTION	197
I. LA GARANTIE DE LA LEGALITE DE L'IMPÔT	202
II. LA GARANTIE DE LA PROPRIETE PRIVEE	207
III. LA GARANTIE DE L'EGALITE (GENERALITE ET JUSTICE DE L'IMPÔT)	211
IV. LA GARANTIE DE LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE.....	216
V. LA GARANTIE DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES	218

CONCLUSION:.....	219
LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE	219

§ 6. CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS OF
REGIONAL ECONOMIC INTEGRATION

*General report to the XV International Congress of Comparative Law, International
Academy of Comparative Law, Bristol, September, 1998*

INTRODUCTION	223
I. CONSTITUTIONAL REQUIREMENTS OF REGIONAL INTE- GRATION IN THE EUROPEAN EXPERIENCE BEFORE THE MAASTRICHT TREATY (1951-1992)	230
1. Contrast between Constitutional Issues.....	230
2. Constitutional Situation prior to the Treaty of Paris (1951): Germany, Italy, France.....	233
A. German Federal Republic.....	233
B. Italy	235
C. France.....	239
3. Constitutional Changes brought about as a Consequence of the Treaty of Paris (1951) prior to the Treaty of Rome (1958): the Netherlands, Luxembourg	241
A. The Netherlands	241
B. Luxembourg	243
4. Constitutional Amendment brought about as a Consequence of the Treaty of Rome (1958): Belgium, and the Reaffirmation of Supranationality in European Constitutional Systems	244
5. Constitutional Amendments prior to the 1972 Accessions: Ireland, the United Kingdom, Denmark.....	245
A. Ireland	245
B. The United Kingdom.....	247
C. Denmark.....	252
6. Constitutional Amendments prior to the Accessions of the Eighties.....	253
A. Greece	253
B. Spain.....	254
C. Portugal	254

II.	THE CONSTITUTIONAL QUESTIONS DERIVED FROM THE MAASTRICHT TREATY (1992) AND FROM THE AMSTERDAM TREATY (1997).....	255
1.	Constitutional Impact of the European Union's 1992. Maastricht Treaty	255
A.	Netherlands	256
B.	Belgium.....	257
C.	United Kingdom	255
D.	Denmark.....	258
E.	Spain.....	258
F.	Luxembourg.....	260
G.	France.....	261
H.	Federal German Republic.....	263
I.	Portugal.....	267
2.	Constitutional Reforms prior to the Accessions of 1995: Austria, Finland and Sweden.....	268
A.	Conditions for Accession	268
B.	Austria.....	269
C.	Finland.....	269
D.	Sweden.....	271
3.	Constitutional Impact of the Treaty of Amsterdam of 1997	271
4.	Problem of the Constitutional Aptitude of Countries that have Requested Accession to the European Union.....	274
III.	THE CONSTITUTIONAL REQUIREMENTS OF INTEGRATION PROCESSES AND THE LATIN AMERICAN EXPERIENCE	275
1.	The Regional Integration Processes as a Product of Constitutional Provisions.	275
2.	Constitutional Obstacles to Regional Integration.....	278
3.	Constitutional Aspect of Regional Integration in the Andean Community.....	279
A.	Absence of a Constitutional Base for Andean Integration: The Colombian Exception.....	279
B.	The Constitutional Debate in the Context of Constitutional Jurisdictions: Colombia and Venezuela	281

C. Situation of other Andean Countries and the Lack of a Solution to the Constitutional Issue	287
D. Willingness to Integrate without the Constitutional Backing of the Bodies of the Cartagena Agreement	287
4. Integrationist Vocation in other Latin American Constitutions	289
CONCLUSION	292

§ 7. CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLADORES

General Report for the XVIII

International Congress of Comparative Law, organized by the International Academy of Comparative and held in Washington, D.C, in July 2010

PRELIMINARY NOTE	295
------------------------	-----

INTRODUCTION

HANS KELSEN, JUDICIAL REVIEW, AND THE NEGATIVE LEGISLATOR	298
---	-----

Chapter 1

JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION AND THE LEGISLATOR	305
I. THE SYSTEMS OF JUDICIAL REVIEW AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS	305
II. CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND CONTROL OF CONVENTIONALITY	311
III. THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION AND THE INFLUENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURTS ON CONSTITUTIONAL AND LEGAL REFORMS	319
IV. THE QUESTION OF CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS	321

Chapter 2

CONSTITUTIONAL COURTS' INTERFERENCE WITH THE CONSTITUENT POWER	330
I. CONSTITUTIONAL COURTS' RESOLUTION OF DISPUTES OF CONSTITUTIONAL RANK AND ENACTMENT OF CONSTITUTIONAL RULES	330
II. CONSTITUTIONAL COURTS AND JUDICIAL REVIEW OF PROVISIONS OF THE CONSTITUTION AND OF CONSTITUTIONAL REFORMS AND AMENDMENTS	334

GENERAL INDEX

III. CONSTITUTIONAL COURTS' ADAPATION OF THE CONSTITUTION AND THE QUESTION OF LEGITIMATE CHANGES TO THE CONSTITUTION	338
1. Adapting the Constitution on Matters of Fundamental Rights Guarantees	339
2. The Mutation of the Constitution on Institutional Matters	351
IV. THE PROBLEM OF ILLEGITIMATE MUTATIONS OF THE CONSTITUTION.....	354

Chapter 3

CONSTITUTIONAL COURTS' INTERFERENCE WITH THE LEGISLATOR ON EXISTING LEGISLATION	358
I. CONSTITUTIONAL COURTS' INTERPRETATION OF STATUTES IN HARMONY WITH THE CONSTITUTION.....	358
II. CONSTITUTIONAL COURTS COMPLEMENTING THE LEGISLATOR BY ADDING NEW RULES (AND NEW MEANING) TO THE EXISTING LEGISLATIVE PROVISION	363
III. CONSTITUTIONAL COURTS COMPLEMENTING LEGISLATIVE FUNCTIONS BY INTERFERING WITH THE TEMPORAL EFFECTS OF LEGISLATION	376
1. The Power of the Constitutional Court to Determine When Annulled Legislation Will Cease to Have Effects: Postponing the Effect of the Court's Ruling	377
2. The Power of the Constitutional Court to Determine When Annulled Legislation Will Cease to Have Effects: Retroactive or Nonretroactive Effects of Its Own Decisions.....	383
A. The Possibility of Limiting the Retroactive <i>Ex Tunc</i> Effects Regarding Declarative Decisions.....	384
B. The Possibility of Retroactive Effects for <i>Ex Nunc</i> Constitutive Decisions	388
3. The Power of Constitutional Courts to Revive Repealed Legislation.....	393
IV. THE DEFORMATION OF THE INTERPRETATIVE PRINCIPLE: CONSTITUTIONAL COURTS' REFORMING OF STATUTES AND INTERPRETING THEM WITHOUT INTERPRETING THE CONSTITUTION.....	394

Chapter 4

CONSTITUTIONAL COURTS’ INTERFERENCE WITH THE LEGISLATOR REGARDING LEGISLATIVE OMISSIONS	402
I. CONSTITUTIONAL COURTS’ FILLING THE GAP OF ABSOLUTE LEGISLATIVE OMISSIONS.....	403
1. Direct Action against Absolute Legislative Omissions.....	403
2. The Protection of Fundamental Rights against Absolute Legislative Omissions by Means of Actions or Complaints for Their Protection.....	410
II. CONSTITUTIONAL COURTS’ FILLING THE GAP OF RELATIVE LEGISLATIVE OMISSIONS	422
1. Constitutional Courts and Equality Rights: Deciding on the Unconstitutionality of Statutes without Declaring Their Nullity	423
2. Constitutional Courts’ Issuing Nonbinding Directives to the Legislator.....	426
3. Constitutional Courts’ Issuing Binding Orders and Directives to the Legislator.....	432
III. CONSTITUTIONAL COURTS AS PROVISIONAL LEGISLATORS ..	436

Chapter 5

CONSTITUTIONAL COURTS AS LEGISLATORS ON MATTERS OF JUDICIAL REVIEW	442
I. CONSTITUTIONAL COURTS CREATING THEIR OWN JUDICIAL REVIEW POWERS.....	442
1. The Judge-Made Law Regarding the Diffuse System Of Judicial Review	442
2. The Extension of Judicial Review Powers to Ensure the Protection of Fundamental Rights.....	443
3. The Need for the Express Provision in the Constitution of Judicial Review Powers of the Constitutional Jurisdiction and Its Deviation	447
II. CONSTITUTIONAL COURTS CREATING PROCEDURAL RULES ON JUDICIAL REVIEW PROCESSES.....	453
FINAL REMARKS	455

GENERAL INDEX

ADDENDUM

SYNTHESIS REPORT:

CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS
IN COMPARATIVE LAW

PRELIMINARY REMARKS	459
1. The Subordination of Constitutional Courts to the Constitution.....	459
2. New Role of Constitutional Courts and the Question of Acting as Positive Legislators	461
FIRST TREND: CONSTITUTIONAL COURTS INTERFERING WITH THE CONSTITUENT POWER	463
1. Constitutional Courts Resolving Constitutional Federal Disputes and Enacting Constitutional Rules	463
2. Constitutional Courts Exercising Judicial Review on Constitutional Provisions	464
3. Constitutional Courts Exercising Judicial Review on Constitutional Reforms and Amendments.....	464
4. The Role of Constitutional Courts Adapting the Constitution on Matters of Fundamental Rights	465
5. The Mutation of the Constitution on Institutional Matters.....	467
SECOND TREND: CONSTITUTIONAL COURTS INTERFERING WITH EXISTING LEGISLATION	468
1. Constitutional Courts Complementing Legislative Functions by Interpreting Statutes in Harmony with the Constitution.....	468
2. Constitutional Courts Complementing the Legislator by Adding New Rules (and a New Meaning) to the Existing Legislative Provision.....	469
3. Constitutional Courts Complementing Legislative Functions by Interfering with the Temporal Effects of Legislation.....	471
A. The Power of the Constitutional Courts to Determine When Annulled Legislation Will Cease to Have Effect: Postponing the Effect of the Courts' Ruling	472
B. The Power of the Constitutional Courts to Determine When Annulled Legislation Will Cease to Have Effects: The Retroactive or Nonretroactive Effects of Their Own Decisions.....	474
a. The Possibility of Limiting the Retroactive Ex Tunc Effects of Declarative Decisions	474

b. The Possibility of Retroactive Effects for Ex Nunc Constitutive Decisions	475
4. The Power of Constitutional Courts to Revive Repealed Legislation	476
THIRD TREND: CONSTITUTIONAL COURTS INTERFERING WITH THE ABSENCE OF LEGISLATION OR WITH LEGISLATIVE OMISSIONS.....	476
1. Constitutional Courts Filling In Absolute Legislative Omissions...	477
A. Direct Action against Absolute Legislative Omissions.....	477
B. The Protection of Fundamental Rights from Absolute Legislative Omissions by Means of Actions or Complaints for Their Protection	478
2. Constitutional Courts Filling In the Gap of Relative Legislative Omissions	481
A. Constitutional Courts' Issuing of Nonbinding Directives to the Legislator.....	481
B. Constitutional Courts' Issuing of Binding Orders and Directives to the Legislator	482
3. Constitutional Courts as Provisional Legislators.....	483
FOURTH TREND: CONSTITUTIONAL COURTS AS LEGISLATORS ON MATTERS OF JUDICIAL REVIEW	485
1. Constitutional Courts' Creating of Their Own Judicial Review Powers	486
A. The Judge-Made Law on the Diffuse System of Judicial Review.....	486
B. The Extension of Judicial Review Powers to Ensure the Protection of Fundamental Rights.....	486
2. The Need for the Express Provision in the Constitution of Judicial Review Powers of the Constitutional Jurisdiction and Its Deviation	487
3. Constitutional Courts' Creation of Procedural Rules on Judicial Review.....	488
FINAL REMARKS	489

VENEZUELAN NATIONAL REPORTS
SENT TO THE INTERNATIONAL ACADEMY FOR THE WORK OF THE
GENERAL REPORTERS TO THE INTERNATIONAL CONGRESSES
Uppsala, Budapest, Caracas, Brisbane,
Utrecht, México, Vienna, Asunción
(1966-2022)

§ 1. LÍMITES AL PODER DISCRECIONAL DE LAS AUTORIDADES
ADMINISTRATIVAS

*National Report to the VII International Congress of Comparative Law, held in the
Law Faculty, University of Uppsala, Sweden August 1966*

I.	INTRODUCCIÓN	493
II.	LIMITES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD	497
	1. Principios Generales.....	497
	2. Límites en la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional.....	498
	A. Introducción	498
	B. La comprobación de los hechos	499
	C. La calificación de los presupuestos de hecho.....	500
	3. Límites en la finalidad perseguida por el legislador.....	503
III.	LÍMITES DERIVADOS DE LA FORMA DE APRECIACIÓN DE LOS HECHOS	505
	1. Introducción.....	505
	2. El principio de la racionalidad.....	508
	3. El principio de la justicia.....	510
	4. El principio de la igualdad.....	511
	5. Principio de la proporcionalidad	512
IV.	CONCLUSIÓN: LA DISCRECIONALIDAD NO IMPLICA ARBITRARIEDAD	512

§ 2. EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA ENTRE
EMPRESAS PÚBLICAS Y EMPRESAS PRIVADAS EN EL
SISTEMA ECONÓMICO VENEZOLANO

*National Report to the X International Congress of Comparative Law, International
Academy of Comparative Law, Budapest, August 1978*

INTRODUCCION		515
--------------------	--	-----

<p>PRIMERA PARTE: EL SISTEMA ECONÓMICO VENEZOLANO COMO UN SISTEMA DE ECONOMÍA MIXTA</p>	
I.	EL SISTEMA DE ECONOMÍA MIXTA 516
II.	FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES 517
III.	EL OBJETIVO GENERAL DE LA INTERVENCION DEL ESTADO 518
IV.	LAS DIVERSAS FACETAS DE LA INTERVENCION ESTATAL 519
<p>SEGUNDA PARTE: LA CATERIZACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS</p>	
I.	LAS FORMAS JURIDICAS DE LA ADMINISTRACION DESCENTRALIZADA 520
1.	Las formas jurídicas de derecho público 520
A.	Los establecimientos públicos institucionales 521
B.	Los establecimientos públicos corporativos 521
C.	Los establecimientos públicos asociativos 522
2.	Las formas jurídicas de derecho privado 523
A.	Las sociedades mercantiles de capital publico 523
B.	Las asociaciones civiles de interés publico 524
C.	Las fundaciones de interés publico 524
II.	LAS FORMAS JURIDICAS DE LAS EMPRESAS PUBLICAS 524
1.	Ausencia de un solo tipo legal 524
2.	Las formas personificadas 525
A.	Las formas jurídicas del derecho publico 525
B.	Las formas jurídicas de derecho privado 525
3.	Las formas no personificadas 526
III.	PRINCIPALES DIFERENCIAS JURIDICAS ENTRE EMPRESAS PUBLICAS Y PRIVADAS 527
1.	Tipo De derecho aplicable 527
2.	Libertad de organización formal 527
3.	Demarcación legal de sectores de actividad 527
4.	Goce de derechos y prerrogativas 528
5.	Sujeción a obligaciones y restricciones 528

GENERAL INDEX

IV.	ALGUNAS CARACTERISTICAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS ..	528
1.	Factores políticos-económicos de su aparición	528
2.	La creación de empresas publicas mediante la adquisición de empresas privadas	529
A.	Adquisición consensual: Compra o cesión de acciones	529
B.	Adquisición forzosa	530
3.	Objetivos asignados a las empresas publicas	531
A.	Prestación de servicios públicos y apoyo a empresas privados	531
B.	Instrumentos de la política industrial	531
C.	Desarrollo regional	531
D.	Independencia económica	535

TERCERA PARTE: LAS RELACIONES ENTRE LAS EMPRESAS PUBLICAS Y LAS EMPRESAS PRIVADAS

I.	LA RESERVA DE SECTORES ECONOMICOS AL ESTADO	533
II.	LA RESERVA DE SECTORES ECONOMICOS A EMPRESAS NACIONALES PUBLICAS O PRIVADAS	536
III.	LOS SECTORES ECONOMICOS SOMETIDOS AL CONTROL EMPRESARIAL DEL ESTADO	539
IV.	LOS SECTORES EMPRESARIALES DE LIBRE COMPETENCIA ...	540
	CONCLUSIONES	541

§ 3. EL CENTRALISMO VENEZOLANO Y LAS EXIGENCIAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA

National Report to the XI International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Caracas, September 1982

I.	INTRODUCCIÓN	543
II.	EL CENTRALISMO POLÍTICO Y LA FEDERACIÓN	544
III.	ALGUNOS EFECTOS DEL CENTRALISMO	547
1.	La centralización política y el debilitamiento de la autonomía estatal.....	547
2.	La centralización administrativa y el debilitamiento de la Administración Regional	548
3.	La concentración de la Administración Pública	549

4.	El debilitamiento de la Administración Municipal.....	550
IV.	LA CRISIS INSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS DE LA FEDERACIÓN.....	551
1.	La crisis de representatividad.....	551
2.	La crisis de la participación política.....	552
3.	La crisis de autonomía.....	553
V.	EL NUEVO FEDERALISMO: LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICO-ADMINISTRATIVA PARA PERFECCIONAR LA DEMOCRACIA.....	553
1.	Un fenómeno universal: La descentralización.....	553
2.	La necesaria Enmienda de la Constitución.....	554
VI.	CONCLUSIÓN.....	555

§ 4. STANDING TO RISE CONSTITUCIONAL ISSUES IN VENEZUELA

National Report for the XVI International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Brisbane, Australia, Julio 2002

	INTRODUCTION.....	557
I.	GENERAL PRINCIPLES OF THE VENEZUELAN SYSTEM OF JUDICIAL REVIEW.....	559
II.	THE DIFFUSE METHOD OF JUDICIAL REVIEW.....	560
1.	Constitutional Provisions.....	560
2.	General Principles and Standing.....	561
3.	Standing in the Case of Collective or Diffuse Interests.....	562
4.	The Ex Officio Power of the Judges.....	563
5.	The Standing of the Public Prosecutor and the Defender of the People.....	563
6.	The Extraordinary Power of Revision of the Constitutional Chamber.....	563
III.	THE JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONALITY THROUGH THE ACTION OF AMPARO (ACTION FOR PROTECTION) OF CONSTITUTIONAL RIGHTS AND GUARANTEES.....	564
1.	Amparo as a Constitutional Right.....	564
2.	Judicial Attributions and the Simplified Procedure.....	564
3.	Standing in the Action of Amparo: the Personal Character.....	564

GENERAL INDEX

4.	Standing in Cases of Diffuse or Collective Constitutional Rights ..	565
5.	Standing of the Defender of the People.....	566
6.	Extraordinary Power of Review: The Constitutional Chambers	566
7.	The Action of Habeas Data	566
IV.	JUDICIAL REVIEW OF THE CONSTITUTIONALITY OF BY-LAWS AND ADMINISTRATIVE ACTS CARRIED OUT BY THE “ADMINISTRATIVE JURISDICTION”	567
1.	The “Administrative Jurisdiction” as Constitutional Judge	567
2.	Standing Rules: Simple or Legitimate Interest.....	567
V.	THE CONCENTRATED METHOD OF JUDICIAL REVIEW OF THE CONSTITUTIONALITY OF STATUTES.....	568
1.	The Constitutional Jurisdiction of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal.....	568
2.	The Popular Action	569
VI.	PREVENTIVE JUDICIAL REVIEW OF THE CONSTITUTIONALITY OF SOME STATE ACTS	571
1.	Preventive Judicial Review of International Treaties.....	571
2.	Preventive Judicial Review of the Organic Statutes.....	572
3.	Judicial Review of Approved Statutes before their Promulgation.....	572
VII.	THE OBLIGATORY CONCENTRATED METHOD OF JUDICIAL REVIEW OF STATE-OF-EMERGENCY DECREES	573
VIII.	JUDICIAL REVIEW OF THE PARLIAMENT’S OMISSIONS.....	573
IX.	JUDGMENT OF CONSTITUTIONAL CONTROVERSIES BETWEEN THE ORGANS OF PUBLIC POWER.....	574
X.	ACTION FOR CONSTITUTIONAL INTERPRETATION.....	574
	CONCLUSION.....	575
	§ 5. MIGRATION LAW IN VENEZUELA AND ITS APPLICABILITY IN THE CONTEXT OF AN AUTHORITARIAN REGIME	
	<i>National Report on the Legal Situation of Migrants in Venezuela, for the XVII International Congress of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2006</i>	
	Introduction: History of migration law in Venezuela (1811-1999).....	579
1.	Constitutional and Legal Status of Nationals or Citizens.....	582
1.1.	<i>Venezuelan Citizenship</i>	583

1.2.	<i>Migrants and Non-Migrant Aliens</i>	583
1.3	<i>Aliens with Refuge and Asylum Status</i>	584
2.	General Legal Regime for Migrant Aliens	584
2.1	<i>General Legal Regime</i>	585
2.2	<i>Admission System for Migrant Aliens</i>	585
2.2.1	Necessary Documents for Admission.....	585
2.2.2	Entry Control of Aliens	586
2.2.3	Entry and Departure Places for Aliens	586
2.2.4	Denial of Entry to Aliens.....	586
2.3	<i>The Labour Authorization System</i>	587
2.3.1	Prohibition for Non Migrant Aliens to Perform a Remunerated Activity.....	587
2.3.2	Labour Authorization in Cases of Migrant Workers	587
2.4	Control of Migrant Aliens	588
2.4.1	Competent Administrative Entity	588
2.4.2	The National Registry of Aliens	588
2.4.3	The Obligations to Inform	588
2.5	Expedited Procedure for the Legalization of Illegal Immigrants (2004).....	589
3.	Legal Regime regarding Refugees and Asylees.....	590
3.1	Asylum.....	590
3.2	Refugees.....	591
3.3	Common Regime	592
4.	General Regime Regarding Civil Rights and Duties of Migrant Aliens.....	593
4.1	The Civil and Political Rights' System.....	593
4.2	Particular Reference to the Freedom of Movement and Residence	594
4.3	Particular Reference to the Right to the Effective Protection by Court	595
4.4	Migrant's Duties.....	595
5	Disciplinary Administrative Regime applicable to Aliens	596

GENERAL INDEX

5.1	Administrative Sanctions	596
5.1.1	The Fines	596
5.1.2	Deportation and Expulsion of Aliens.....	597
5.2	The Procedure	597
5.2.1	The Opening of the Administrative Procedure	597
5.2.2	Precautionary Measures	598
5.2.3	The Oral Hearing before the Competent Authority	598
5.2.4	The Administrative Decision	599
5.3	The Administrative Consequence of the Deportation or Expulsion Measure.....	599
5.4	Rights of Aliens in Deportation or Expulsion Cases.....	599
5.4.1	The Right to Move Acquired Possessions	599
5.4.2	The Right to Receive Labour Benefits	599
6	Criminal Offences and Liability Systems regarding Aliens	600
6.1	The Offences	600
6.2	Criminal Liability of Corporations.....	601
	Conclusion.....	601
	List of References.....	602

§ 6. VENEZUELA: THE END OF FEDERALISM?

In coauthor ship with Jan Kleinheisterkamp

*National Report on Venezuela, written for the Congress one “Uniform Law and its
impact on National Laws and Possibilities”, Intermediary Congress of the
International Academy of Comparative Law,
Ciudad de Mexico 13-15 November 2008*

1.	Overview of the History and Development of the Federal System in Venezuela	605
----	---	-----

§ 7. SOCIAL RIGHTS AS FUNDAMENTAL RIGHTS AND
THEIR JUSTICIABILITY

*Venezuelan National Report to the XIX International Congress of Comparative Law
(Subject: IV C. Libertes publiques / Human Rights), Academie International de
Droit Compare, Vienna, 20-26 July 2014 627*

I.	THE QUESTION OF THE JUSTICIABILITY OF SOCIAL RIGHTS	629
II.	THE CASE OF THE RIGHT TO HEALTH AND THE STATE'S OBLIGATIONS	631
III.	THE JUSTICIABILITY OF THE RIGHT TO HEALTH.....	634
	1. The protection to the right to health as a collective right	635
	2. The protection to the right to health in connection to the right to life and the social security obligations	636
	3. The limited protection of the right to health and the State's financial resources	641
	4. The rejection of the amparo protection when argued in an abstract way.....	641

§8. THE GOVERNMENT OF JUDGES AND DEMOCRACY.
THE TRAGIC INSTITUTIONAL SITUATION OF
THE VENEZUELAN JUDICIARY

*National Venezuelan Report, XIXth International Congress of Comparative Law,
International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014*

	1. Democracy and Separation of Powers.....	646
	2. The Provisions of the Venezuelan Constitution regarding the Judicial System and its Governance	647
	3. The Constitutional Regulations regarding the Stability and Independence of Judges.....	649
	4. The catastrophic dependence of the Judiciary in the Venezuelan Authoritarian Government.....	650
	5. The Judiciary packed by Temporal and Provisional Judges and the use of the Judiciary for Political Persecution	657
	6. The use of the Judiciary to facilitate the Concentration of Power and the Dismantling of Democracy	663
	Some Conclusions.....	667
	REFERENCE LIST:	670

§ 9. ADMINISTRATIVE SILENCE AND THE GENERAL RULES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN VENEZUELA

National Report, XXI International Congress of Comparative Law, Asunción, Paraguay, July 2022

1.	THE GENERAL PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE: EXPRESS ISSUANCE OF ADMINISTRATIVE ACTS	677
2.	THE POSSIBLE EFFECTS OF THE PUBLIC ADMINISTRATION'S OMISSION TO RESPOND TO PETITIONS	679
3.	THE GENERAL REGIME ON ADMINISTRATIVE SILENCE IN VENEZUELA: NEGATIVE SILENCE.....	682
4.	SPECIAL PROVISIONS REFERRING TO THE NEGATIVE EFFECTS OF ADMINISTRATIVE SILENCE	685
5.	THE PROVISIONS GRANTING POSITIVE EFFECTS TO ADMINISTRATIVE SILENCE.....	685
6.	SPECIFIC PROVISIONS IN VENEZUELA LAW GRANTING POSITIVE EFFECTS TO ADMINISTRATIVE SILENCE.....	687
	6.1 POSITIVE ADMINISTRATIVE SILENCE ON MATTERS OF LAND USE AND URBAN PLANNING	688
	6.2 POSITIVE ADMINISTRATIVE SILENCE EFFECTS REGARDING PROCEDURES FOR EXTENDING MINING CONCESSIONS.....	690

