

XIXth Congress of the Conference of European Constitutional Courts

Forms and Limits of Judicial Deference: The Case of Constitutional Courts

Constitutional cultures vary and the courts' perceptions of their own role in a constitutional democracy affect the intensity of their scrutiny in fundamental rights cases. Many courts profess judicial deference.

Judicial deference is a juridical tool invented by judges to uphold the separation of powers and to refrain from intervening in matters which are perceived to be beyond their expertise or legitimacy to decide. The tool has been employed, most prominently, in human rights cases. This is due to their transcendent quality, capable of cutting across all substantive areas of public decision-making.

It is said that over-deferential attitude threatens the rule of law and separation of powers as much as excessive judicial activism does. The way judges exercise judicial deference is, therefore, a fundamental matter of constitutional principle that concerns the proper role of each branch of government in relation to significant questions of public policy.

The Questionnaire's questions aim to discover the differences in exercising judicial deference by European constitutional courts.

The Questionnaire was structured in four chapters: Non-justiciable questions and deference intensities; The decision-maker; Rights' scope, legality and proportionality; and Other peculiarities.

Brevitatis causa, this report will review only the first three chapters, which reflect the essence of the theme and the questions answered by most constitutional courts.

I. Non-justiciable questions and deference intensities

1. In defining the concept of judicial deference, the Constitutional Court of Spain invites us to proceed methodically with the definition of "deference" by the Merriam Webster dictionary. According to it, deference is "affected or ingratiating regard for another's wishes" or the "respect and esteem due a superior or an elder". Both meanings emphasise the existence of a relationship of otherness informed by respect for the position or way of acting of another.

Spanish law, for example, participates in the general notion of *judicial deference*. So the deferential judge will be the one who resolves bearing in mind the plurality of the legal system. The deferential judge will be very interested in ascertaining and counterbalancing the possible claims of legitimacy concurrent in the case. It will attend to the reasons put forward by the lawmakers, as public power directly placed by the Constitution for the realization of the fundamental determinations, either to give them a weighting sense (and we call this weak deference), or to recognize them an unconditioned authoritative preeminence (strong deference).

But the Spanish case is not the French case. The notion of deference finds no place either in the practice or in the jurisprudence of the French Constitutional Council. The French Constitutional Council requalified the terminology of this questionnaire. Thus, it shows itself not deferential, but

respectful of the freedom of action of the legislator by refusing to decide on choices which fall by nature within the margin of appreciation of the latter, judging that the Constitution “does not confer to it a general power of appreciation and decision identical to that of the Parliament.”

The German Federal Constitutional Court replaces in its answers to the questionnaire the notion of judicial deference with the notion of judicial self-restraint. Even so, the judicial self-restraint is not recognized in Germany. It is only very rarely that the Federal Constitutional Court has mentioned the term. The fact that the principle has only been mentioned on these very few occasions proves that the principle itself – unlike its underlying idea – generally has no importance in Germany.

Likewise, the term “judicial deference” is not found in the case law of the Austrian Constitutional Court. A concept commonly found in the Constitutional Court’s rulings which (today) most closely corresponds to the meaning of judicial deference to the legislator, or judicial self-restraint, is that of “margin of appreciation,” although the gradual emergence of this doctrine from the end of the 1970s saw the Court turn away from the previously stronger deferential nature of its fundamental rights case law towards the legislator.

The Czech Constitutional Court most often uses terms such as the principle of self-limitation and the principle of minimal interference with the powers of other public authorities. In its case law, the Constitutional Court underlines that “*its activity is governed by the principle of self-limitation and not by judicial activism.*”

The Swiss Federal Tribunal notes that the principle of deference or the principle of self-restraint is important for this court and influences its mode of operation. It applies, on the one hand, to the limitation of power examination provided for by law and, on the other hand, to the limitation of the power of examination based on substantive law in the presence of local or other particularities.

The Portuguese Constitutional Court makes an important observation: talk of deference makes sense only when a court has no conclusive legal reason to refrain from rendering its own judgment on an issue. To say that an issue is not justiciable is not to say that a court ought to defer. Deference, in the relevant sense, comes into play only when an issue is justiciable. When a court declares a matter non-justiciable (i.e. not suitable for the court to decide) it is not deferring. Rather, it is affirming the constitutional limits of its role, a role which is constituted both by powers and duties.

In the Irish jurisdiction, deference describes the situation where the decision-maker puts aside the possibility of reaching an authoritative independent decision on the matter and defers it to the decision of some institution or body in respect of the contentious matter at hand. This sort of deference is total deference. Deference does not have to be practiced in this way; a judge may defer by attaching different degrees of weight to the views of the primary decision-maker. The greater the weight attached, the more deferential the approach and vice versa.

For the Supreme Court of Norway, “judicial deference” is commonly used term. When answering this questionnaire, it took judicial deference to mean that the court refrains from intervening despite having the power to do so.

2. Regarding the spectrums of deference and the possible “no-go” areas or established zones of legal unaccountability, the Italian Constitutional Court replies that, when it is duly seised of a question, fully exercises its functions as guarantor of the constitutional order respecting the discretionary choices made by the political decision-maker but always verifying that the discretion has been exercised in compliance with constitutional principles and rules. If it finds an infringement of the Constitution, in general and if the conditions therefore are met, the Court intervenes to rectify it without regard to the fact that the issues in question are morally or socially controversial or politically sensitive, involve the allocation of scarce resources or entail substantial financial implications for the government. In the latter regard, it is true that budgetary choices “involve decisions of a political-economic nature which, by reason of that nature, are constitutionally reserved to the determination of governments and parliamentary assemblies, inasmuch as they are choices which, being the fruit of an unquestionable political discretion, call for particular and substantial respect including on the part of the Constitutional Court, although they cannot, of course, constitute a ‘no-go’ area escaping any review”.

For the Austrian Constitutional Court, the rule is that all parts of the Constitution are justiciable. Correspondingly, the “supreme democratic function” of the Constitutional Court is to impose an “act of increased democratic legitimacy” , i.e. the Constitution, on the legislator and review compliance therewith. No limitation on the performance of the functions of the Constitutional Court by reason of the “political dimension of a constitutional dispute” can be inferred from the case law. The Austrian Court’s case law over recent years has included cases concerning matters of moral controversy such as reproductive medicine, assisted suicide, digital technologies (electronic voting, data retention, surveillance by the state using trojans), questions relating to family law such as same-sex marriage, the entry of a “third gender” in the civil register and parental custody, or questions with significant budgetary consequences, such as those arising in connection with the financial assistance provided during the COVID-19 pandemic.

The German Federal Constitutional Court does not apply a moral standard of review when deciding on questions of moral controversy. If the constitutional standard of review is unambiguous and the application of the standard of review to the case at hand is sufficiently clear, it is irrelevant whether the result is morally controversial or not. The Federal Constitutional Court does not measure its decision against ethical standards because it is unclear how such ethical standards should be defined. It can, however, be assumed that most of the population will not develop any moral standards that are contrary to constitutional requirements within a free and democratic basic order like the order under the Basic Law. Whether a question is politically sensitive or not is also irrelevant for the Federal Constitutional Court. Decisions are only problematic when the constitutional standard of review is unclear. However, the Constitution generally grants the parliamentary legislator broad leeway to design about highly contested political matters that can be described as politically sensitive. The Federal Constitutional Court will have due regard to this leeway in its decisions. However, this respect does not depend on the question of whether the parliamentary decision in a politically sensitive matter was controversial or not. About the allocation of scarce resources, scarcity does not, by itself, create a standard that would influence the Federal Constitutional Court’s standard of review either. The German Constitutional Court assumes that the Constitution only predefines financial claims to such a small extent that the legislator still has enough leeway to decide on essential budgetary matters. Thus,

the Constitutional Court is not obliged to examine the financial implications of a decision of its own accord.

For the Supreme Court of Ireland, deference is not a static concept. There are degrees to which one can defer. The deference is particularly marked in areas which the Irish Constitution commits to the elected and legislative branches of government, such as, for example, the conduct of foreign affairs, the fairness of taxation measures or the allocation of scarce resources.

For the Bosnia and Herzegovina's Constitutional Court, there are no "prohibited" areas or pre-established zones without legal accountability or issues that the Constitutional Court cannot adjudicate. In decision-making, the Constitutional Court is only subject to the limitations set forth in the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the Rules of the Constitutional Court.

The Czech Constitutional Court does not have a clearly defined spectrum of deference. However, it applies deferential review in several areas, and this more restrained review is reflected in a lower level of intensity of review of acts of the legislator, especially in the case of statutory regulation of policies where the legislator is allowed a wide margin of discretion and bears political responsibility for these decisions. It has consistently exercised restraint in its review of tax legislation, but also more generally in matters of economic policy. The Czech Constitutional Court is also as restrained as possible on issues that may cause controversy in society, such as issues of compulsory vaccination, adoption of children by same-sex couples, or the legal regulation of sex determination or reassignment.

In the performance of its tasks, the Slovenian Constitutional Court regularly dwells at the intersection of law and politics, and the Court does not *a priori* refuse to rule on political issues if they have a certain legal dimension. In one of its decisions which concerned the State budget, the Court explained that the budget is an abstract and general legal act of a specific type, which has external effects and the force of law, and must therefore be accorded the legal character of a regulation with the hierarchical status of a law, and the Constitutional Court is competent to review its consistency with the Constitution.

Referring to the "no-go" areas, the Constitutional Court of Lichtenstein, based on Art. 29 (2) of the Lichtenstein's Constitution, generally excludes the field of foreign policy from constitutional judicial review. Only within this narrow framework, it normally refers to judicial self-restraint/political question.

The Constitutional Court of Georgia, for example, has defined circumstances where it generally acknowledges a wide margin of appreciation for another branch of the state to regulate the matter, resulting in reduced scrutiny by the Court. These circumstances include: the social, economic, and fiscal policy of the state; the constitutionality of the sanctions; the defense and administration of military forces by the state; exhaustible state resources; the choice of the election system and its administration; content-neutral restrictions on freedom of expression; legitimate expectations about the right to property; and unequal treatment based on unenumerated criteria or cases of non-intense unequal treatment.

3. Regarding the factors that determine when and how a court should defer, the Constitutional Court of Albania replies that historical experiences dictated by political, legal, economic, and

social developments in the country (such as the transition from the monist regime to the democratic one) has influenced the elaboration of judicial deference. More specifically, quite often the Albanian Court has been set into motion to review several decisions taken by Government or Assembly that affected the constitutional right to private property, a right which was completely denied in the previous communist regime.

In Spain, the culture, and conditions of the country, as well as historical experiences, can be considered both explanatory reasons for the disputed norm, and even for the decision finally taken on its validity, as well as meta-legal elements that help to understand the evolution of certain legal institutions. But they cannot be used as reasons for not deciding or not exercising the jurisdictional power entrusted to the Spanish Constitutional Court by the constituent power itself, in view of the prohibition of not deciding *that* governs contemporary legal systems.

According to the Constitutional Court of Belgium, first and foremost is the fact that the composition of the Court is drawn from the political world, directly or indirectly. Half the judges must be former members of Parliament, and all of them are appointed by Royal Decree on proposal of the House of Representatives or the Senate in a way that guarantees the political representativeness resulting from the elections by proportional suffrage. If we add to this the fact that Belgium is divided between eight different entities, with (almost) every conceivable political coalition, it means that no judge is in a position where her or his political ideology is forever unfavored by the law. Furthermore, there is the historical fact that large reforms (especially State reforms) in Belgium take time and are the result of a wide-ranging political consensus. A politically and electorally pluralistic country might be more prone to deference. Additionally, the jurisdiction of the Court is specifically limited about certain areas that might typically be susceptible to greater deference.

In the opinion of the Italian Constitutional Court, the special nature of certain questions may affect the outcome of the proceedings and even preclude an immediate ruling on the merits where what is at stake are principles strongly rooted in the culture and historical experience of the country or involving delicate balancing choices that are primarily a matter for the legislature's discretion. For example, Italian family law has inherited from the Roman law tradition the heterosexual connotation of marriage and the automatic rule of patronymic in the transmission of surnames to children. Regarding the first issue, in a judgment of 2010, noting that Article 29 of the Constitution intended to refer to marriage in its traditional meaning of the union of a man and a woman, the Constitutional Court clarified that the right of persons of the same sex to freely live together as a legally recognized couple is constitutionally safeguarded in Article 2, which protects the inviolable rights of the individual and requires that the matter be regulated by positive laws enacted by Parliament subject to the margin of appreciation that the latter enjoys in view of the multiple models that can be adopted and have been adopted in other States and that do not contemplate the paradigm of matrimony. Following the Constitutional Court's ruling that the questions raised in the case were either unfounded or inadmissible, the legislature followed up by fully regulating civil unions, including between persons of the same sex. Regarding the second issue, the patronymic rule – which clearly infringes the constitutional principle of equality between spouses as well as the child's right to personal identity and which can be a legacy of a patriarchal conception of the family that has gone by the wayside – led the Court to call for a thorough review

of the rules on several occasions. As the legislature's inertia persisted, a judgment delivered in 2022 finally overturned the automatic granting of only the father's or husband's surname to the child, introducing – pending more complete legislative action – the rule of a double surname in the agreed order unless the parents decide otherwise.

4. Asked if it deferred because of lack of expertise, the Federal Constitutional Court of Germany replies that such cases are inconceivable. Insofar as the Constitutional Court decides, it does so based on constitutional standards for the interpretation of which it possesses sufficient expertise. There may be preliminary questions, such as the existence of general rules of international law, questions concerning the interpretation of ordinary law, or questions of validity in the context of international law, for which the Federal Constitutional Court will seek external expertise.

In several cases, the Czech Constitutional Court has exercised restraint, stating that the matter should be decided primarily by the legislator and not by the courts. An example of this approach is the decision on compulsory vaccination. The Constitutional Court conducted a restrained review of the legislation in the context of the right to inviolability of the person, emphasizing that this is a technical rather than a legal question. In another judgment delivered in 2018, the Constitutional Court reviewed the constitutionality of a government regulation setting limits on traffic noise. The Government argued that the case did not fall within the jurisdiction of the courts at all as it depended on the assessment of technical and scientific questions. However, the Constitutional Court disagreed with this claim and ruled that: *“the courts should not and cannot refrain from reviewing cases in which the decision depends on an assessment of technical or scientific issues.”* However, it proceeded to exercise deference in its review because it *“cannot have the ambition to embark on a review of purely technical matters [...] The necessary administrative and expert background and resources to make such decisions are available to the Government and it is therefore primarily the Government's task to consider all the necessary factors in their totality and in the light of the current knowledge.”* In these cases, the Constitutional Court has maintained a restrained stance primarily because of the superior expertise of the previous decision-maker.

In one case, the Constitutional Court of Portugal refrained from declaring the challenged normative provisions unconstitutional in part due to the ‘epistemically limited context’ in which it was required to deliberate. This is not an instance of deference, in the relevant sense: the Court did not (could not) substitute its own judgment on the substantive question at hand for the judgment of the legislator, i.e. the Court is neither adopting nor endorsing the judgment of the decision-maker on the substance of the measure. It is simply saying that it is not in a sufficiently epistemically informed position to conclude for itself that the relevant provision is unconstitutional. Such a reason for not declaring a normative provision unconstitutional is a prudential reason to refrain from acting in such a way as to infringe the principle of separation of powers.

According to the Constitutional Court of Croatia, there should generally be no cases of deference due to the lack of expertise, because the Court can request and rely on expertise of experts specialized in the respective fields. However, in cases of emergency in where there is a general lack or scarcity of expert knowledge combined with time pressure, the decision-maker may be afforded a larger margin of appreciation correlating to a higher level of deference.

The Constitutional Court of Slovenia grants the legislature (and the Government) more room for maneuver when regulating technical or scientific issues that are not from the field of law. In a case concerning the ritual slaughter of animals, it thus clarified that it cannot be an arbiter in matters of complex scientific issues. In this regard, the reasoning of the Constitutional Court in its decision on the constitutional consistency of measures for containing the spread of the Covid-19 pandemic is also relevant. When assessing the appropriateness of the challenged measure, the Constitutional Court explained that, where the appropriateness of the measure is directly connected to expert reasons, this assessment must be conducted “in the light of the knowledge of the relevant disciplines available at the time of the decision to impose the measures. If scientific knowledge is still evolving at the time of the first occurrence of a previously unknown communicable disease for which an epidemic or pandemic must be declared, and the opinion of the scientific community may not be entirely unanimous, a wider margin of discretion must be allowed to the competent decision-maker in assessing which expert opinion to follow and to what extent.

5. No court of those questioned had deferred because there was a risk of judicial error. In the words of the Spanish Constitutional Court, it can never rely on the obscurity of the rule which serves as a parameter of control to avoid the responsibility of prosecuting the subject matter of the proceedings. This would amount to a denial of justice to the parties and a disregard for the role attributed to the Court as “supreme interpreter of the Constitution.”

The Latvian Court has never explicitly referred to a judicial error; however, it would appear that its refusal to re-examine the political expediency of the decisions of the legislator is the absence of “sufficiently strict legal categories and standards” against which to measure this expediency. In other words, it is impossible for the Court to have certainty that its considerations of political expediency are more correct than the ones of the legislator. Judicial decisions that are taken without a clear legal basis are bound to be to some extent arbitrary and hence prone to judicial error.

6. In the case law of the Federal Constitutional Court of Germany there has never been a case in which the Court refused to decide due to the democratic legitimation of the decision maker. However, when interpreting the specific constitutional provisions at issue and applying the relevant constitutional standard to the specific case, the Federal Constitutional Court has on several occasions taken account of whether the Constitution affords broad discretion to the decision maker or not.

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina dealt with the issue of the authority of the High Representative to enact laws, as well as with the legal character and status of such laws. In a decision of 2000, the Constitutional Court examined the constitutionality of the Law on the State Border Service. The High Representative in Bosnia and Herzegovina imposed the Law following the failure of the Parliamentary Assembly to adopt a draft law proposed by the Presidency of Bosnia and Herzegovina. Considering the prevailing situation in Bosnia and Herzegovina, the legal role of the High Representative, as agent of the international community, it is not unprecedented, but similar functions are known from other countries in special political circumstances. Further, the Constitutional Court noted that the High Representative has been vested with special powers by the international community and his mandate is of an international character. As noted by the Constitutional Court, irrespective of the nature of the powers vested in the High Representative by the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, the fact that the Law

on State Border Service was enacted by the High Representative and not by the Parliamentary Assembly does not change its legal status, either in form or in substance, since, whether or not it is in conformity with the Constitution of Bosnia and Herzegovina, it relates to the field falling within the legislative competence of the Parliamentary Assembly.

The Czech Constitutional Court has also consistently ruled that the resolution of fundamental issues concerning human beings as a biological species, their life, and their relationships, i.e. issues of family, parenthood, and marriage, belongs exclusively to the national legislator. If these issues were to be turned into judicial issues, it could lead to the politicization of the Constitutional Court and thus to the weakening of its position as an impartial and independent judicial body protecting the constitutional order.

7. “The more the legislation concerns matter of broad social policy, the less ready will be a court to intervene”. Replying if this is a valid standard for it, the Supreme Court of Ireland mentioned that the Irish courts will not be deterred from pronouncing constitutional questions even where the matter concerns one of broad social policy. Even still, the courts have occasionally shown deference because there is a matter of broad social policy: examples include a reluctance to invalidate on equality grounds the differing treatment of girls from boys in matters of underage sexual activity.

The Swiss Federal Tribunal has a different approach. It often shows judicial restraint when facing politically sensitive issues. The judgment of the Federal Court in the case “Seniors for climate protection” deserves to be mentioned in this context. By their appeal, the appellants requested that the Swiss government take more of measures concerning the problem of global warming and regulates the legal framework of the effects of the latter. In response to this request, the Tribunal showed restraint and stressed that, according to Swiss constitutional law, proposals for the implementation of a specific public policy in an area currently subject to debate can in principle be introduced by pathways to democratic participation. It noted that “[t]he objectives of this kind do not are accomplished not by legal means but by political means that the Swiss system offers enough with its democratic instruments”. Likewise, the Federal Tribunal often shows restraint in its jurisprudence on delicate questions of social policy. In this regard, there are decisions regarding accident insurance benefits for students employees, examination of the conditions for granting a widow's or widower's pension, as well as that in matters of family reunification with a person who has acquired Swiss nationality.

8. Regarding a general principle of deference in judging penal philosophy and policies, the Supreme Court of Estonia replied that the legislature has exclusive competence to impose penal sanctions and has a wide margin of discretion in defining the punishment corresponding to an offence (sentence limits). The scale of penalties depends on the values held by society, and it is the legislative power that is competent to express them. It also allows the Parliament to shape the national penal policy and influence criminal behavior. It follows from the principle of the separation of powers that the courts cannot start to shape the system of sanctions instead of the legislature, taking abstract penal policy objectives as the basis. However, the legislature’s wide discretion does not exclude the competence of the courts to assess the compliance of a rule of penal law, including a sanction, with the Constitution.

The Federal Constitutional Court of Germany does not decide on questions pertaining to the philosophy of criminal law or criminal law policy. Criminal law policy is bound to the constitutional framework and the philosophy of criminal law does not specify any direct legal standards and is thus not subject to constitutional review. The German Constitution includes certain specific requirements relating to criminal law. Articles 101 to 104 of the Basic Law set out procedural rights that concern criminal proceedings and are equivalent to fundamental rights.

The Constitutional Court of Spain merely verifies that the criminal rule does not produce a manifestly useless waste of coercion that renders the rule arbitrary and undermines the elementary principles of justice inherent in the dignity of the person and the rule of law. The proportionality of a penal reaction can be affirmed when the rule pursues ‘the preservation of rights or interests that are neither constitutionally proscribed nor socially irrelevant,’ and when the penalty is ‘instrumentally suitable for this pursuit,’ and necessary and proportionate in this sense. ‘From a constitutional perspective, it will only be possible to classify the criminal rule or penalty as unnecessary when, in the light of logical reasoning, of uncontroversial empirical data and of the set of penalties that the lawmakers themselves have deemed necessary to achieve similar aims of protection, the manifest sufficiency of an alternative means which is less restrictive of rights for the equally effective achievement of the aims desired by the lawmakers is evident ...and the criminal rule or punishment can only be considered disproportionate when there is a patent and excessive or unreasonable imbalance between the punishment and the purpose of the rule, based on the constitutionally indisputable axiological guidelines and their implementation in the legislation’.

For the Constitutional Court of Belgium, there is no general principle of deference in judging penal philosophy and policies. On the contrary, case-by-case review is the rule. In general, criminal laws are reviewed in a more lenient way, for instance when the legislator decides to create a new offense or chooses to aggravate the severity of punishments, or in a stricter way when assessing the conformity of criminal laws with articles 6 and 7 ECHR.

The Constitutional Court of the Czech Republic has consistently held that penal policy, including infraction policy, involves complex decision-making with criminological, social, or political considerations. As a result, it declared its reticence towards suggestions that certain offences should not be criminalized or that the punishment for illegal acts was disproportionate. The legislator’s decision to qualify a certain type of conduct as a criminal act in terms of its formal definition and to set the breadth of the limits of criminalization of certain types of conduct is primarily a manifestation of the State’s penal policy, which falls within the competence of State bodies other than the Constitutional Court.

In its case-law, the Constitutional Court of Romania held that Parliament is free to decide on the criminal policy of the state, being the sole legislative authority of the country. Also, the Romanian Court held that it does not have the competence to get involved in the field of legislation and criminal policy of the state, any contrary attitude constituting an interference in the competence of this constitutional authority.

According to the Constitutional Court of Portugal, a dominant concern is whether the legislator’s decision to criminalize a particular type of conduct is compatible with the

requirements of the *ultima ratio* principle and of the rule-of-law requirement of clear definition of criminal offences. The Court makes case-by-case judgments on this matter, but tends to give considerable weight to its own jurisprudence in relevantly similar cases. For example, in a case on the constitutional admissibility of pimping as a criminal offence, the Court concluded that the statutory provision which criminalizes pimping is unconstitutional. In another case on the constitutional admissibility of pet abuse as a criminal offence, the Court concluded that the provision which defines pet abuse as a criminal offence is unconstitutional. More recently, the Court has reversed its judgment and refrained from judging the provision unconstitutional.

9. Regarding the deference on national security grounds, the general approach is that they should not be an obstacle for the courts to ask whatever document or information required by the case.

One of the Slovakian Constitutional Court's most recent judgment in this area shows no signs of deference. The Slovakian Court invalidated three provisions of the Asylum Act. Under the challenged provisions, applications for (the award or prolongation of) supplementary protection had to be rejected if the secret services informed the Interior Ministry (competent to decide on the application) that the applicant posed threat to national security. The reasons for conclusion were kept secret from the applicant and from the competent employee of the Ministry handling the application.

In the same vein, the Constitutional Court of Moldova mentioned, in one case, that the interests based on national security are not absolute. It declared unconstitutional the provisions of Law on the regime of foreigners, which forbade the notification to the foreigners of the reasons underlying the decision to declare them as undesirable persons.

According to the Constitutional Court of Türkiye, a wide discretionary power has been granted in terms of limitations for the purpose of ensuring national security and public order. However, the Court has considered that this discretionary power is not unlimited and it carefully examines whether the constitutional guarantees are fulfilled.

10. The next question concerned the passivity of the government in introducing rights-compliant reforms. For example, the Constitutional Court of the Czech Republic intervened in a case of the legislator's prolonged inactivity. This case concerned a restriction of the basic human rights of property owners, when Czech politicians were unable to definitively resolve the issue of regulated rents, a remnant of communism, for several decades. Although the Constitutional Court maintained a restrained approach for quite a long time, it stated in its judgment that the prolonged inaction of the Parliament of the Czech Republic consisting in the failure to adopt a special legal regulation defining the cases in which the lessor is entitled to unilaterally increase the rent, the fees for services provided with the use of the apartment, and to change other terms of the lease contract is unconstitutional.

The Constitutional Court of Slovenia is considered extremely activist because it determines frequently the way its decision is to be implemented. In this manner, the Constitutional Court most often provisionally settles an issue that would otherwise remain unresolved after its decision, to protect important constitutional values, especially where human rights or fundamental freedoms may be affected. For example, having established that the statutory regulation allowing marriage only to persons of different sexes was inconsistent with the Constitution, the Court, by determining

the way its decision was to be implemented, immediately enabled marriage irrespective of the sex of the spouses, holding that “Until the unconstitutionality is remedied, marriage shall be deemed to be a union of two persons.”

For the Latvian Court, such cases are exceptional. An example is a case concerning inheritance duty payable with respect to inheritance received from a same-sex partner. The Latvian Court noted that the Parliament had not yet developed a system of legal recognition and protection of families formed by same-sex partners. Due to that, the Latvian Court simply pointed out that at the relevant time the state was “legally blind” with respect to same-sex families and found the contested provision to be unconstitutional for exactly that reason.

II. The decision-maker

11. Regarding the paying of a greater deference to an act of Parliament than to a decision of the executive, the approach of most of the responders may be summarized in the words of the Constitutional Court of Spain: it is inappropriate to establish a kind of scale of deference between public authorities. According to the Romanian Constitutional Court, in carrying out the constitutionality review, the Court does not make any distinction based on a possibly different level of democratic responsibility of the Parliament or the Government. The Court examines the act subject to control in consideration of its legislative nature, without the level of its control alternating depending on the issuer of the act or on an aspect external to its normative content.

12. On the weight that the courts give to legislative history, the German Federal Constitutional Court examines the facts on which the legislator based its decision as to their methodological foundations and their plausibility. The Court accepts ‘the facts available to the legislator’ and ‘prior experience’ as a basis for reviewing laws.

The Spanish Constitutional Court has been cautious in using the parliamentary background of the rules, in particular the Constitution itself.

The Irish Supreme Court can review legislative history in deciding the outcome of a case. Particularly in cases where the Court is asked to consider a piece of legislation, it will often look at what went before to understand the intention of the Oireachtas.

In Belgium, the parliamentary preparatory documents feature prominently in the decisions of the Court, as a starting point to evaluate the presence of a legitimate aim, and to evaluate the justification of a certain provision. The opinion of the Legislative Section of the Council of State on draft legislation is also required in many instances, and the Court pays particular attention to this opinion as well as the reaction (or lack thereof) of the legislator to this opinion. There is a very famous precedent in the case-law of the Belgian Court when historical weight was considered against questioning an existing legislation, although probably unconstitutional. This is the case in Belgian labor law of the (former) distinction between ‘workers’ and ‘employees.’ Asked about this quite clear inequality, the Court accepted the weight of legislative history to validate the legislation. However, ten years or so after this judgement, when asked the same question, the Court reassessed the balance between history and equality and finally favored the latter, by declaring the law unconstitutional.

In Italy, parliamentary debates do not have a specific relevance for the purpose of examining the compatibility of legislation with human rights also because in the Italian legal system the approval of a law is not accompanied by express reasoning. However, the *travaux préparatoires* are of undoubted value in aiding the reconstruction and interpretation of the legal framework. In fact, it is also possible to deduce the rationale and purpose of legislation from the debate that preceded its enactment. This applies to tailor-made laws and authentic interpretation laws.

The Constitutional Court of Bulgaria considers as evidence in many of its decisions the verbatim reports of MPs' deliberations (sessions in plenum or in committees), reports of parliamentary standing committees, or reasons to draft laws, and makes an analysis of the genesis of legislation.

According to the Constitutional Court of Lithuania, an analysis of legislative history can be and is part of examination carried out to find the solution whether the disputed legal act (or its part) in certain constitutional justice cases follows the Constitution. Revealing intentions of the legislature can also help to find this solution, especially in the case of the legitimate aim test while applying the "classic" proportionality test in situations concerning human rights limitations. For example, in a ruling regarding the constitutionality of the provisions of the Law on Hunting, the Constitutional Court began its analysis of the legal regulation by recalling the origins of the regulation governing hunting relationships and looked through the history of the legal regulation of hunting by emphasizing its importance.

13. On the question regarding the check of the courts whether the decision maker has justified the decision or whether the decision is one that the courts would have reached, had it itself been the decision maker, the German Federal Constitutional Court noted that the legislator generally is under no obligation to justify laws. In principle, the German Constitution only obliges the legislator to adopt effective laws. In this context, the Federal Constitutional Court, among other things, held in a judgment that: *'The claim that insufficient reasons have been stated for the challenged law is unfounded. The constitutional requirements generally do not pertain to the stating of reasons for a law, but to the results of legislative proceedings [...] The Basic Law, however, generally, does not prescribe which parts of legislative proceedings require justification, when and how. The Basic Law leaves room for negotiations and political compromise. What is decisive is that the legislator ultimately does not fail to satisfy constitutional requirements.'*

The French Constitutional Council does not substitute its assessment for that of the legislator. It asserts regularly that does not have a general power of appreciation and decision identical to that of Parliament and that it could not investigate whether the objectives set assigned by the legislator could have been achieved by other means, since the modalities retained by the law are not manifestly inappropriate for the objective pursued.

The Constitutional Court of Belgium evaluates whether a certain choice by the legislator is reasonably justified. It concludes to a violation when there is no reasonable proportionality between the goals of the legislator, the chosen measures, and their consequences. Also, in several cases, the Court explicitly mentions that, although several constitutional options are available, it does not have the authority to make that choice.

In Slovenia, only instances of retroactive application of statutory provisions require that the legislature justify its choice of a particular regulation already in the legislative procedure itself. In

accordance with the established constitutional case law, retroactive effect may be justified only by a special public interest justifying precisely the retroactive effect of the regulation, without which the pursued objective of the regulation could not be achieved. However, since such public interest justifies an exception to the constitutional prohibition on the retroactive effect of a regulation – and exceptions must be interpreted restrictively – it must be specifically identified in the legislative procedure and explained in the legislative material.

14. The next question envisaged the extent to which the decision or measure was preceded by a thorough inquiry regarding compatibility with fundamental rights. The Constitutional Court of the Czech Republic found, when reviewing the “anti-smoking law,” which introduced a complete ban on smoking in restaurants, that the legislator in this case was able to shield the pursued objective of protecting life and health “from the commercial and other interests of the tobacco industry” when adopting the law. This reference to the intent of the legislator to protect life and health should lead to the restrained approach of the Constitutional Court. It pointed out that the explanatory report showed that the legislator had carefully considered interventions in the tobacco and hospitality industries. For all these reasons, the Constitutional Court concluded that the contested smoking ban pursues legitimate aims and is not an arbitrary interference with fundamental rights. According to the Czech Court, the more attention the legislator pays to potential infringements on fundamental rights, the more likely it is that the legislation will pass the Constitutional Court’s review.

For the Constitutional Court of North Macedonia, the debates that take place in the Assembly of the Republic of North Macedonia throughout the process of passing a law typically have no impact on the procedure and decision-making of the Constitutional Court.

15. Regarding the check on whether the opposing views were fully represented in the parliamentary debate when adopting a measure, the Constitutional Court of Austria replied that it does not merely check for possible substantive unconstitutionality, but also examines compliance with the procedural rules for enacting legal norms. In doing so it must review every step in the legislative process. Even violations of rules of procedure of a legislative body which can affect parliamentary policymaking result in the law being unconstitutional. Any measures undertaken by bodies involved in the legislative process of their own volition for the purpose of decision-making are not subject to the Constitutional Court’s powers of review. Likewise, parliamentary discussion of the meaning of proposed legislation is of no legal relevance for the purposes of review of legal norms. The “quality” of the parliamentary procedure is not an independent criterion for assessing the constitutionality of a law. One specific exception to this are “cooperative” procedures, including procedures regarded as necessary for adopting the Fiscal Equalization Act.

The Constitutional Court of Croatia notes that it is generally beyond its purview to analyze the content of a parliamentary debate from the point of view whether the opposing positions were fully represented or whether the focus was on the general merits or implications for rights. Rather, in constitutional review proceedings it examines if the aim pursued by the legislator is justified and, to this end, takes note of the elements of the legislative procedure (legislative history) that lead up to the adoption of a particular law. Nevertheless, the Court did observe an alarming tendency of an increasing number of laws to be adopted in emergency procedure. Indeed, the Court found that this could undermine the very essence of parliamentarianism, i.e. standards inherent to democratic

procedure, particularly the requirement of a broad public debate. Therefore, the adoption of laws by emergency procedure should be an exception and must be justified by specific and conclusive reasons. It does not appear that in doing so the Court has made a distinction between the general merits and the implication for rights.

According to the Constitutional Court of the Czech Republic, the assessment of whether the rights of the parliamentary minority were duly considered is an integral part of the Court's review of the constitutionality of the procedure for adopting the contested legal regulation. The fundamental rights of the parliamentary minority or its members can be primarily considered to be rights guaranteeing participation in parliamentary procedures and enabling the parliamentary opposition to exercise supervision and control over the ruling majority, which can be understood as a basic feature of the rule of law. The Constitutional Court considers the right to block or delay decisions taken by the majority to be a right of the parliamentary minority. Individual deputies or senators must be given a real opportunity to become familiar with the content of the submitted draft act, to assess it and to take a position on it in the context of its consideration in the relevant chamber of the Parliament or its bodies, for which they must be given sufficient time.

16. The next question focused on the character of conclusive evidence of a decision's democratic legitimacy when the decision is one of the legislature's or has come about after public consultation or public deliberation. The Constitutional Court of Lithuania ruled in one case that lawmaking under urgency and special urgency procedures is permissible only in exceptional reasonable cases, because the stage of public consultations is skipped when a law is adopted under urgency or special urgency procedure. Public consultations also constitute one of the ways to implement the citizen's right to participate in the governance of their state. Therefore, the Constitutional Court held that, "to ensure the publicity and transparency of the legislative process, as well as the rights of citizens to participate in the governance of their state and to criticize the work of state institutions or their officials ... this [legislation] process ... must be regulated so that a possibility would be created for society to participate in the deliberation of draft laws. To reach this objective, such a legal regulation of the legislative process must be established under which draft laws submitted to the Seimas would be made public so that the groups of society and the parties concerned would have enough time to access them and to express their opinion, comments and proposals concerning these draft laws, which would be assessed in a responsible and reasoned manner." Moreover, there is the obligation to analyze and take into consideration public opinions. The Constitutional Court held that, with regard to the requirements of publicity and transparency of the legislative process and the quality requirements for adopted laws, structural units of the Seimas must be set up to consider and assess the received comments and proposals concerning draft laws under deliberation, as well as internal preventive legal instruments of the Seimas must be established in order that laws and other legal acts adopted by the Seimas would not be in conflict with the Constitution and would meet the quality requirements, stemming from the Constitution, for laws and other acts of the Seimas.

III. Rights' scope, legality and proportionality

17. Regarding the deferral of the courts at the rights-definition stage, by giving weight to the government's definition of the right or its application of that definition to the facts, the German

Constitutional Court emphasized that it interprets fundamental rights autonomously and as the final authority.

The Belgian Constitutional Court naturally avoids playing with words and relies first and foremost on either the common-sense definition or the official definitions of the legal concepts (whether enshrined in the law or deduced from the parliamentary debates). However, definitions do not always benefit the public authorities and the Court is careful not to use a definition in such a way as to deny potential applicants access to constitutional justice. For instance, the Court granted standing to an applicant using the definition of “riverside owner” in the common sense, against the alleged definition of the Government.

The Constitutional Court of Ukraine has never deferred at the rights-definition stage, by giving weight to the government’s definition of the right or its application of that definition to the facts.

18. On the question on how influence of nature of applicable fundamental rights affects the degree of deference, the Italian Constitutional Court mentioned a judgment where stated that all fundamental rights protected by the Constitution “are mutually related to one another and it is thus not possible to identify any one of them in isolation as prevailing absolutely over the others. Protection must always be ‘systematic and not fragmented into a series of rules that are uncoordinated and potentially conflict with one another’ [...]. If this were not the case, the result would be an unlimited expansion of one of the rights, which would ‘tyrannize’ other legal interests recognized and protected under constitutional law, which constitute an expression of human dignity.”

The Constitutional Court of Hungary mentions that in the case of second-generation fundamental rights, the enforceability of these rights may be justified based on the country’s economic capacity, which is primarily a matter for the Government and secondarily for the National Assembly. Consequently, only in exceptional cases can a fundamental right violation based purely on these basic rights be established. Such an enforceable case is the state guarantee of the subsistence minimum, which was extracted from the Constitution by combining the right to social security and the right to human dignity. The Constitutional Court protects the right to human dignity in a broader and more prominent way, as a general right of personality, as a subsidiary fundamental right. Freedom of expression also receives similar special treatment as a “mother right” of the fundamental rights of communication. In the latter case, the decisive criterion is that it is the basis for democratic participation in public affairs and is intended to define the values of a pluralist society, and therefore “must yield to very few rights.”

For the Swiss Federal Tribunal, the guarantee of human dignity also plays an important role. The intangible core is generally not identical to the field application or protection of fundamental rights. It is different for rights fundamentals whose protective field and intangible core merge. Such is the case of the prohibition of the death penalty and torture, as well as the right to life, the right to obtain help in situations of distress and the prohibition of censorship.

The Constitutional Court of Belgium operates a kind of classification of rights based on their importance, as part of the case-law concerning the condition of interest to the action or standing. A person must prove an ‘interest to annulment’ and the Court considers that certain rights are so important that everyone has standing. *Habeas corpus* is one of them.

However, the impact of this reasoning is somewhat limited, as the Court is generally quite lenient when it comes to standing-requirements anyway.

For the Constitutional Court of Austria, the degree of deference may vary depending on the structural nature of the fundamental right concerned and the nature and substance of interference with the right. A good example of this, as regards proceedings for review of the constitutionality of laws, is the fundamental right to engage in gainful activity, where the Constitutional Court accords the legislator a wider margin about provisions governing exercise of a profession or occupation in general than those relating to entry into a profession or occupation.

For the Constitutional Court of Spain, it was enough to point out that the differences between constitutional rights have nothing to do with their importance, nor does there exist a distinct hierarchy of fundamental rights. The Constitution must be interpreted jointly and systematically to resolve apparent antinomies. Since there is no unavailable core for the power of amendment, it is idle to consider, also from this perspective, the already rejected hierarchy of constitutional rights.

19. As for an eventual scale of clarity when reviewing the constitutionality of a law, the Constitutional Court of Austria determines whether a provision can be interpreted in various ways on a case-by-case basis. When determining the meaning of the law, all available methods of interpretation must be exhausted. Only if, after all methods of interpretation have been applied in a specific case, the meaning of a provision remains unclear, are the rule-of-law requirements violated. In one case, the Constitutional Court justified the repeal of a provision of a regulation granting unemployment assistance as unlawful as follows: “Only with subtle expertise, extraordinary methodological skills and a certain desire to solve mental exercises can it be understood at all what orders are to be made here.”

The Constitutional Court of Albania has and applies the scale of clarity when reviewing the constitutionality of a law. The degree of clarity is more rigorous during the examination of laws or normative acts related to the criminal field.

For the Constitutional Court of Spain, given that the constitutional provisions are characterized by a particularly open texture, it is not possible to resort to aphorism *in claris non-fit interpretatio*. It will not be surprising that when the Constitutional Court has invoked this rule it has done so in the interpretation of legal norms. This has been the case of the contrast of state and regional rules where there is a manifest contradiction or the determination of the place and deadline for submitting candidates in electoral processes.

Relating to the principle *in claris non fit interpretatio*, the Constitutional Tribunal of Andorra does not renounce its function of constitutional interpreter of the Law, which it considers essential: "Today, the entire legal community agrees that the adage "in claris no fit interpretatio" cannot be understood in a purely literal or grammatical sense, because an interpretation must always be made even to determine whether a text is "clarus". As it is said, the interpreter is a "mediator" who transfers a reality, material or ideal, from a legal, philosophical, or literary text or a musical score, from the intuition of an artist to the work of a craftsman, to his practical incarnation. It supposes an essential activity in any hermeneutic process and therefore implies a subtlety (*subtilitas*) in its understanding (*intelligendi*) in its explanation (*explicandi*) and in its application (*applicandi*)".

20. With respect to the intensity review in case of the legitimate aim test, the Spanish Constitutional Court has hardly needed to deepen the requirement that restrictive measures of law pursue a constitutionally legitimate aim. The Belgian Court has never concluded that a certain provision failed the legitimate aim test.

The Constitutional Court of Slovenia ascertains the legislature's aim from the text of the law, the legislative materials, the reply submitted by the legislature in constitutional review proceedings, the opinion of the Government or other relevant authority. If the aim cannot be ascertained in this manner, the Constitutional Court may also derive it from general life experience, provided it is sufficiently clearly identifiable. However, if the existence of a constitutionally admissible aim for the interference in question is not clearly and unequivocally identifiable in this manner, it is not the task of the Constitutional Court to review the consistency of the regulation with the Constitution in the light of possible purely hypothetical aims.

21. The next question aimed to establish what proportionality test employ the courts and if they apply all the stages of this test.

Whether to include the legitimacy test as a separate step of the constitutionality review or as part of the proportionality test has not yet been clearly resolved by the doctrine or case law of the Constitutional Court of the Czech Republic. In principle, this Court views the legitimate aim test in three variations. The legitimate aim test may be a separate step of the assessment of the restriction of the right preceding the proportionality test; or implicitly included in the appropriateness criterion of the three-step proportionality test; or the initial (special) step of the proportionality test, in which case we will talk about the four-step proportionality test.

Among the courts that replied, there are two tendencies. The first category of courts applies a test that consists of four prongs. It is the case of the German Court. According to it, interferences with fundamental rights must pursue a legitimate aim, be suitable and necessary to achieve the legitimate aim and be proportionate in the strict sense. When examining the if an interference is proportionate in the strict sense, the German Court engages in a balancing of the intensity of the interference, the importance of the common good or of conflicting constitutional goods and the extent to which the common good would benefit from the interference with the fundamental right at hand.

The Supreme Court of Ireland employs a proportionality test that is adopted from Canadian jurisprudence. According to this test, "The objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionality protected right. It must relate to concerns pressing and substantial in a free and democratic society. The means chosen must pass a proportionality test They must: be rationally connected to the objective and not be arbitrary, unfair, or based on irrational considerations; impair the right as little as possible; and be such that their effects on rights are proportional to the objective." The Irish proportionality test can be regarded as having four elements: i) Legitimate aim; ii) Rational connection; iii) Minimum impairment of the right; and iv) Overall balance.

By contrast, the Constitutional Court of Belgium, for example, applies the three stages of the proportionality test, but these are sometimes indistinguishable or aggregated. There is no fixed rule; the Court operates on a case-by-case basis. Most of the times, the Court goes all the way to

the proportionality in the narrower sense and either does not address the previous stages, or performs a light check. However, there has been some rare cases in which the Court points an issue with the suitability or the necessity.

22. Asked if it goes through every applicable limb of the proportionality test, the same court replied that it usually reminds the reader of the existence of the criteria and their theoretical implications, but sometimes concerns regarding readability or clarity require a less rigid approach in how the actual application of the test is presented (for instance when the test is applied several times within the same decision, regarding different provisions).

The Portuguese Court, for example, has been increasingly cautious in its use of the third limb of the proportionality test, stressing due respect for the democratically elected legislator's exercise of its constitutionally attributed powers (particularly in abstract review proceedings). Grounds for such caution, however, have not yet been clearly and systematically articulated in its case-law.

The Austrian Court does not always align its reasoning with the "classic" scheme and sometimes "skips" individual stages of the test. Occasionally, it makes a general assessment that a provision is proportional.

The Constitutional Court of Luxembourg does not systematically follow each step of the proportionality test. Two main approaches stand out in its practice. The first concerns the application of the principle of proportionality as a constitutional principle. In this context, the test carried out by the Court consists of a "balancing" of the rights and the objectives of the law or, more recently, the verification of the "fair balance" between the rights protected and the rights called into question by the law. The second approach is applied in the context of cases which concern the principle equality before the law. In these cases, the constitutional judges ensure that the difference in treatment is based on objective disparities and is rationally justified, adequate, and proportionate to its purpose. However, in this second context, the Luxembourg Court does not always analyze exhaustively each step of the proportionality test. It may concentrate on certain aspects depending on the case, without necessarily distinguishing the three stages in an explicit manner.

23. The next question asked if the courts accept that the impugned measure satisfies one or more stages of the proportionality test even if there is, on the face of it, insufficient evidence to show this.

For the Federal Constitutional Court of Germany, when there is need for a prognosis or when there is insufficient scientific certainty on relevant causal effects, it only examines whether the methodological steps taken by the legislator and the factual basis on which it relies are plausible. When this is the case, the interference with fundamental rights remains constitutional, even if it later becomes clear that the legislator's assessment was incorrect. A relevant example in this context are the school closures during the COVID-19 pandemic. Should it become clear that the legislator's assessment at the time was incorrect, the legislator is then obliged to adjust the statutory provisions for the future. The fact that Parliament as the legislative branch is tasked with making decisions under uncertain factual circumstances and based on prognoses necessarily entails that the legislator is also authorized to act when it is uncertain whether later developments will confirm that it acted correctly.

Likewise, in instances where the Constitutional Court of Slovenia proceeds directly to one of the later stages of the proportionality test, the question of whether the measure passed the preceding remains open, but it would be an exaggeration to claim that the Constitutional Court tacitly confirmed that the measure passed these stages.

24. One of the questions concerned the rise of the judicial deference doctrine. It sought to find out if it was concomitant with the inception of proportionality review. In Italy, both aspects have evolved significantly over the more than sixty years of the Court's existence. In its early years, the Court exhibited an attitude of marked deference towards Parliament's discretion, based on an implicit need to make a prudent and orderly entrance into institutional dynamics and also apparent from the adoption of decisions holding that questions entailing complex balancing exercises and multiple options available to the legislature were inadmissible, at most accompanied by solicitations or warnings to the legislature to intervene to remedy situations of dubious constitutionality. The tendency for inertia on the part of Parliament has certainly encouraged the gradual development of increasingly sophisticated types of decision-making apt to expand the review of constitutionality to the maximum at the expense of unsustainable 'no-go' areas free from review. Thus, as early as the 1970s, innovative decisions embodying 'manipulative' declarations of constitutionality came to be adopted. Premised on a distinction between provision and rule, those decisions remedied legislative omissions, relying on 'additive' judgments, including ones that added guiding principles rather than rules, or replaced rules found to be unconstitutional with others that could be derived from or were mandated by the Constitution and then set out in the operative part of the decision, relying on 'substitutive' judgments.

In Ireland, the inception of the proportionality review test has been concomitant with the rise of the judicial deference doctrine. The same at the Swiss Federal Tribunal, where the control of proportionality effectively coincided with self-restraint exercises.

25. For most of the courts, the jurisprudence of the ECtHR shaped their approaches to deference. In Germany, should the ECtHR apply a stricter standard of review to state interferences than the Federal Constitutional Court does vis-à-vis the legislator, this would likely induce the Federal Constitutional Court to examine its own case-law with a view to making adaptations. For the Federal Constitutional Court, the ECtHR's doctrine on the margin of appreciation is not entirely equivalent, in legal terms, to the discretion that the Federal Constitutional Court affords to national organs. This rests on different points of view. When deciding on the margin of appreciation, the ECtHR differentiates according to state practice in the respective member states of the Council of Europe. While states are the point of reference for the ECtHR in this context, in the case of the Federal Constitutional Court it is state organs. However, the substantive criteria that the ECtHR recognizes when affording a broad margin of appreciation may in specific cases also be transferrable to the granting of discretion to state organs by the Federal Constitutional Court.

In the opinion of the French Constitutional Council, the considerations relating to the margin of appreciation that the ECtHR recognizes State authorities when concluding that they fulfill obligations arising from the European Convention on Human Rights, even if some abstract conceptual similarities can be conceived *mutatis mutandis* with the power of appreciation and decision that the Constitution and the Constitutional Council recognized by the national legislator,

it is only necessary to emphasize that these are considerations of different nature, some relating to international law and others to constitutional law, the separation of powers and the exercise of national sovereignty.

The margin of appreciation used by the ECtHR is equal to the margin of discretion recognized by the Constitutional Court of North Macedonia when reviewing the constitutionality and legality of acts by legislative and executive authority that restrict the freedoms and rights of the citizen, notably when it comes to the application of the proportionality test, which is a direct result of the case law of the European Court of Human Rights.

For the Constitutional Court of Serbia, the case-law of the ECtHR regarding the margin of appreciation that is available to the states on specific issues is essentially similar, if not even equivalent, to its approach when it comes to discretionary powers.

But for the Supreme Court of Ireland or for the Constitutional Court of the Czech Republic, The ECtHR's jurisprudence has not shaped the court's approach to deference or it did not have a significant impact on the Constitutional Court's position on restraint or deference.

We believe that the replies to the questions in the questionnaire present significant information for researchers interested by the topic of judicial deference. To deepen this subject, we urge the reading public to consult them also.

19ème Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes

Formes et limites de la déférence judiciaire : le cas des cours constitutionnelles

Les cultures constitutionnelles varient et la perception qu'ont les cours de leur rôle dans une démocratie constitutionnelle influe sur l'intensité de leur analyse dans les affaires impliquant des droits fondamentaux. De nombreuses cours font preuve de déférence judiciaire.

La déférence judiciaire est un outil inventé par les juges pour maintenir la séparation des pouvoirs et limiter leurs interventions dans des questions considérées comme dépassant leur expertise ou leur légitimité à décider. Cet outil a été utilisé, en particulier, dans des affaires concernant les droits de l'homme. Ce fait est dû à leur qualité transcendante, capable de traverser tous les domaines substantiels du processus public de la prise de décision.

L'excès de déférence est considéré comme une atteinte à la prééminence du droit et à la séparation des pouvoirs, tout comme l'excès d'activisme judiciaire. La manière dans laquelle les juges exercent la déférence judiciaire est donc une question fondamentale de principe constitutionnel concernant le rôle approprié de chaque branche du gouvernement par rapport à des questions significatives de politique publique.

Les questions du questionnaire visent à découvrir les différences qui existent dans la manifestation de la déférence judiciaire par les cours constitutionnelles européennes.

Le questionnaire a été structuré en quatre chapitres : Questions non justiciables et intensités de la déférence ; Décideur; champ d'application des droits, légalité et proportionnalité ; et Autres particularités.

En bref, ce rapport n'examinera que les trois premiers chapitres, qui reflètent la substance du sujet et les questions auxquelles la plupart des cours constitutionnelles ont répondu.

I. Questions non justiciables et intensités de la déférence

1. Pour définir le concept de déférence judiciaire, la Cour constitutionnelle d'Espagne nous invite à partir méthodiquement de la définition du mot « déférence » dans le dictionnaire Merriam Webster. Selon ce dernier, la déférence est un « respect affecté ou flatteur pour les souhaits d'autrui » ou « le respect et l'estime dus à un supérieur ou à un aîné ». Ces deux significations soulignent l'existence d'une relation d'altérité influencée par le respect de la position ou du mode d'action de l'autre.

Le droit espagnol, par exemple, partage la notion générale de *déférence judiciaire*. Ainsi, le juge qui fait preuve de déférence sera celui qui propose des solutions compte tenu de la pluralité du système juridique. Le juge qui manifeste de la déférence sera très intéressé à établir et à contrebalancer les éventuelles revendications concurrentes de légitimité dans un cas donné. Il traitera les raisons avancées par le législateur, en tant que pouvoir public directement chargé par la Constitution d'émettre des jugements fondamentaux, soit en leur donnant du poids (ce que nous appelons la déférence légère), soit en reconnaissant leur prééminence inconditionnelle (ce que nous appelons la déférence forte).

Mais le cas espagnol ne se reflète pas dans les réalités françaises. La notion de déférence ne se retrouve pas dans la pratique et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Le Conseil constitutionnel français a requalifié la terminologie de ce questionnaire. Le Conseil ne fait pas preuve de déférence, mais respecte la liberté d'action du législateur, refusant de se prononcer sur des options qui relèvent naturellement de la marge d'appréciation du législateur, notant que la Constitution « ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ».

Dans ses réponses au questionnaire, la Cour constitutionnelle fédérale allemande remplace la notion de déférence judiciaire par celle d'autolimitation judiciaire. Néanmoins, l'autolimitation judiciaire n'est pas reconnue en Allemagne. La Cour constitutionnelle fédérale n'a mentionné le terme que très rarement. Le fait que le principe n'ait été mentionné que quelques fois montre que le principe lui-même - contrairement à l'idée qui se trouve à sa base - n'a généralement pas d'importance.

La notion de déférence judiciaire n'est pas non plus présente dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle autrichienne. Le concept généralement rencontré dans les arrêts de la Cour qui correspond (aujourd'hui) plus étroitement au sens de la déférence judiciaire envers le législateur ou de l'autolimitation judiciaire est le concept de « marge d'appréciation », bien que l'émergence progressive de cette théorie depuis la fin des années 1970 ait eu pour conséquence que la Cour s'est écartée de la déférence antérieure plus prononcée envers le législateur dans la jurisprudence relative aux droits fondamentaux.

La Cour constitutionnelle de la République tchèque utilise le plus souvent des termes tels que le principe d'autolimitation et le principe d'ingérence minimale dans les pouvoirs d'autres autorités publiques. Dans sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle souligne que « son activité est régie par le principe d'autolimitation et non par l'activisme judiciaire ».

Le Tribunal fédéral suisse note que le principe de déférence ou le principe d'autolimitation est important pour ce tribunal et influence son mode de fonctionnement. Il s'applique, d'une part, à la limitation du pouvoir d'examen prévu par la loi et, d'autre part, à la limitation du pouvoir d'examen fondé sur la loi substantielle en présence de particularités locales ou d'autre type.

La Cour constitutionnelle du Portugal fait une observation importante : les discussions sur la déférence n'ont de sens que lorsqu'un tribunal n'a pas de raison juridique concluante de s'abstenir de rendre un jugement dans une affaire donnée. Dire qu'une question n'est pas justiciable ne signifie pas qu'un tribunal doit faire preuve de déférence. Dans ce sens relevant, la déférence n'intervient que lorsqu'une question est justiciable. Lorsqu'un tribunal déclare qu'une question n'est pas justiciable (qu'elle ne doit pas être solutionnée par un tribunal), il ne manifeste pas de déférence. Il affirme plutôt les limites constitutionnelles de son rôle, qui consiste à la fois en des pouvoirs et des obligations.

Dans le système irlandais, la déférence décrit une situation dans laquelle le décideur laisse de côté la possibilité de prendre une décision indépendante sur une question et fait preuve de déférence à l'égard de la décision d'une institution ou d'un organisme sur la question litigieuse en discussion. Ce type de déférence est une déférence totale. Toutefois, il n'est pas nécessaire de faire preuve de déférence de cette manière; Les juges peuvent faire preuve de déférence en accordant des

pondérations différentes aux opinions du décideur principal. Plus la pondération est élevée, plus l'approche est déférente et vice versa.

Pour la Cour suprême de Norvège, la déférence judiciaire représente une notion couramment utilisée. Lorsque cette cour a répondu au questionnaire, elle est partie de son sens d'autolimitation d'un tribunal malgré son pouvoir d'intervention.

2. En ce qui concerne les spectres de la déférence et les éventuelles zones inaccessibles ou les zones établies de manque de responsabilité judiciaire, la Cour constitutionnelle italienne répond que si elle est correctement saisie d'une question, elle exerce pleinement ses fonctions de garante de l'ordre constitutionnel, en respectant les options discrétionnaires effectuées par le décideur politique, mais en vérifiant toujours que ce pouvoir discrétionnaire est exercé dans le respect des principes et des règles constitutionnels. Si la Cour constate une violation de la Constitution en général, et si les conditions sont réunies, elle intervient, que les questions en jeu soient moralement ou socialement controversées ou politiquement sensibles, qu'elles concernent l'allocation de ressources limitées ou qu'elles aient des implications financières substantielles pour le gouvernement. Dans cette dernière perspective, il est vrai que les choix budgétaires « impliquent des décisions de nature politico-économique qui, en raison de leur nature, sont réservées, selon la Constitution, à l'exécutif ou au parlement, dans la mesure où il s'agit des options qui, représentant l'effet d'une marge d'appréciation politique incontestable, exigent un respect particulier et substantiel, y compris de la part de la Cour constitutionnelle, bien qu'ils ne puissent pas, bien entendu, représenter un domaine inaccessible exempt de tout contrôle ».

Pour la Cour constitutionnelle autrichienne, la règle est que toutes les parties de la Constitution sont justiciables. Ainsi, la « fonction démocratique suprême » de la Cour constitutionnelle vise à imposer au législateur un « acte de légitimité démocratique renforcée », à savoir la Constitution, et à en vérifier le respect. Dans la jurisprudence de la Cour, aucune limitation à l'exercice de ses fonctions en raison de la « dimension politique d'un litige de droit constitutionnel » ne peut être identifiée. Ces dernières années, la jurisprudence de la Cour autrichienne a inclus des affaires traitant de questions moralement controversées telles que la médecine reproductive, le suicide assisté, les technologies numériques (vote électronique, stockage de données, surveillance par l'État en utilisant des programmes informatiques de type cheval de Troie), des questions de droit de la famille telles que les mariages entre personnes de même sexe, l'introduction d'un troisième sexe dans les registres d'état civil et la garde parentale, ou des questions ayant des conséquences budgétaires significatives, telles que celles liées à l'aide financière pendant la pandémie de COVID-19.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande n'applique pas de normes morales de contrôle lorsqu'elle résout des questions moralement controversées. Si la norme constitutionnelle de contrôle est sans ambiguïté et l'application de la norme de contrôle dans un cas concret est suffisamment claire, il importe peu que le résultat soit moralement controversé ou non. La Cour constitutionnelle fédérale n'adapte pas ses décisions en fonction de normes éthiques, car la définition de ces normes n'est pas claire. Cependant, on peut supposer que la majorité de la population ne développera pas de normes morales contraires aux exigences constitutionnelles dans un ordre fondamental libre et démocratique tel que l'ordre imposé par la Loi fondamentale. Le fait qu'une question particulière soit politiquement sensible ou non n'a pas d'importance pour la Cour

constitutionnelle fédérale. Les décisions ne sont problématiques que lorsque la norme constitutionnelle de contrôle n'est pas claire. Toutefois, la Constitution donne généralement au législateur une grande marge pour concevoir des questions fortement contestées sur le plan politique et qui pourraient être décrites comme politiquement sensibles. La Cour constitutionnelle fédérale tiendra dûment compte de cette marge lorsqu'elle rendra ses décisions. Toutefois, ce respect ne dépend pas de la nature controversée de la décision parlementaire dans une question politiquement sensible. En ce qui concerne l'allocation de ressources limitées, le caractère limité ne crée pas en soi une norme qui influencerait la norme de contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale. La Cour constitutionnelle allemande considère que la Constitution ne définit les revendications financières que dans une mesure telle que le législateur dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour décider des questions budgétaires essentielles. La Cour constitutionnelle n'est donc pas tenue d'examiner les implications financières d'une décision prise d'office.

Selon la Cour Suprême d'Irlande, la déférence n'est pas un concept statique. Il existe des degrés de manifestation de la déférence. La déférence est plus prononcée dans les domaines que la Constitution irlandaise attribue à la branche élue et législative du gouvernement, tels que, par exemple, la conduite des affaires étrangères, l'équité des mesures fiscales ou l'allocation de ressources limitées.

Pour la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, il n'existe pas de domaines inaccessibles ou prédéterminés sans responsabilité juridique, ni de questions que la Cour constitutionnelle ne peut pas trancher. Dans son processus décisionnel, la Cour constitutionnelle n'est soumise qu'aux limites fixées par la Constitution de Bosnie-Herzégovine et le Règlement de la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle tchèque ne dispose pas d'un spectre clairement défini de la déférence. Cependant, elle exerce un contrôle dans lequel elle fait preuve de la déférence dans plusieurs domaines, et ce contrôle plus limité se reflète par le niveau plus réduit d'intensité du contrôle des actes du législateur, en particulier dans le cas des réglementations de politiques publiques, où le législateur dispose d'une marge discrétionnaire large et où il porte la responsabilité politique pour les décisions prises. Par conséquent, la Cour a toujours fait preuve de retenue lors de l'examen de la législation fiscale, ainsi que, de manière générale, dans les questions de politique économique. La Cour constitutionnelle de la République tchèque fait preuve de la plus grande retenue dans les questions susceptibles de susciter la controverse dans la société, telles que la vaccination obligatoire, l'adoption d'enfants par des couples de même sexe ou la réglementation juridique de l'établissement du sexe ou du changement de sexe.

Dans l'exercice de ses fonctions, la Cour constitutionnelle de Slovénie se trouve souvent à l'intersection du droit et de la politique. Elle ne refuse pas *a priori* de se prononcer sur des questions politiques si elles ont une certaine dimension juridique. Dans une de ses décisions concernant le budget de l'Etat, la Cour a expliqué que le budget est un acte juridique abstrait et général d'un type précis, qui manifeste des effets externes et qui a la force de la loi, et doit donc être doté du caractère juridique d'un règlement avec le statut hiérarchique d'une loi, la Cour étant compétente pour vérifier sa conformité avec la Constitution.

En ce qui concerne les zones inaccessibles, la Cour constitutionnelle du Liechtenstein exclut du contrôle de constitutionnalité, sur la base de l'article 29, paragraphe 2, de la Constitution, le domaine de la politique étrangère. Ce n'est que dans ce cadre étroit qu'elle se réfère à l'autolimitation judiciaire ou à la théorie de la question politique.

La Cour constitutionnelle de Géorgie, par exemple, a défini les circonstances dans lesquelles elle accorde généralement une large marge d'appréciation à une autre branche de l'État pour régler une question, ce qui conduit à un contrôle étroit par la Cour. Ces circonstances comprennent : la politique sociale, économique et fiscale de l'État ; la constitutionnalité des sanctions ; la défense et l'administration des forces militaires par l'État ; les ressources limitées de l'État ; le choix du système électoral et son administration ; les restrictions neutres de la perspective du contenu imposées à l'exercice de la liberté d'expression ; les attentes légitimes en matière du droit de propriété et le traitement inégal fondé sur des critères non énumérés ou des cas de traitement inégal d'une intensité réduite.

3. En ce qui concerne les facteurs qui déterminent quand et comment les tribunaux doivent faire preuve de déférence, la Cour constitutionnelle d'Albanie répond que les expériences historiques dictées par les développements politiques, juridiques, économiques et sociaux dans le pays (tels que la transition d'un régime moniste à un régime démocratique) ont influencé l'élaboration de la déférence judiciaire. En particulier, la Cour d'Albanie a souvent été appelée à examiner des décisions de l'exécutif ou du législatif qui affectaient le droit constitutionnel de propriété privée, un droit qui était totalement dénié pendant le régime communiste.

En Espagne, la culture et les conditions du pays, ainsi que les expériences historiques, peuvent être considérées comme des raisons expliquant la règle contestée ou même la décision finalement prise sur la validité de la règle, ainsi que des éléments métajuridiques qui aident à comprendre l'évolution de certaines institutions juridiques. Mais elles ne peuvent pas être utilisées comme des raisons pour ne pas décider ou ne pas exercer le pouvoir juridictionnel accordé à la Cour constitutionnelle espagnole par le pouvoir constituant, afin d'imposer la prise de décision, une valeur qui régit les systèmes juridiques contemporains.

Selon la Cour constitutionnelle belge, il est notamment essentiel que la composition de la Cour soit directement ou indirectement issue du monde politique. La moitié des juges doivent être d'anciens parlementaires et tous sont nommés par arrêté royal, sur proposition de la Chambre des représentants ou du Sénat, de manière à garantir la représentativité politique résultant des élections basées sur le suffrage proportionnel. Si l'on ajoute à cela le fait que la Belgique est divisée en huit entités différentes, avec (presque) toutes les coalitions politiques imaginables, il s'ensuit qu'aucun juge ne se trouve dans une position où son idéologie politique est toujours désavantagée par la loi. En outre, c'est un fait historique que les réformes de caste, en particulier les réformes de l'État en Belgique, prennent du temps et sont le résultat d'un consensus politique global. Un pays politiquement et électoralement pluraliste serait plus enclin à la déférence. En outre, la compétence de la Cour est précisément limitée dans certains domaines qui seraient normalement susceptibles d'une plus grande déférence.

Selon la Cour constitutionnelle italienne, le caractère spécial de certaines questions peut affecter l'issue de la procédure et même empêcher des décisions immédiates sur le fond lorsque des

principes profondément enracinés dans la culture et l'expérience historique du pays sont en jeu ou lorsqu'il s'agit d'un exercice d'équilibre délicat qui relève avant tout une question relative à la marge discrétionnaire du législatif. Par exemple, le droit italien de la famille a été hérité de la tradition du droit romain, selon laquelle la connotation hétérosexuelle du mariage et la règle automatique de l'attribution du nom de famille du père lors de la transmission du nom de famille aux enfants. Sur la première question, dans un arrêt de 2010, notant que l'article 29 de la Constitution se réfère au mariage dans son sens traditionnel d'union entre un homme et une femme, la Cour constitutionnelle a précisé que le droit des personnes de même sexe de vivre librement ensemble en tant que couple légalement reconnu est garanti par l'article 2 de la Constitution, qui protège les droits inviolables d'une personne et qui exige que la question soit réglementée par une loi positive adoptée par le Parlement, sous réserve de la marge d'appréciation dont jouit le Parlement, compte tenu des nombreux modèles qui peuvent être adoptés et qui ont été adoptés dans d'autres États et qui n'envisagent pas le paradigme du mariage. À la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle selon lequel les questions soulevées dans cette affaire étaient soit infondées, soit irrecevables, le législatif a réglementé les unions civiles, y compris les unions entre personnes de même sexe. En ce qui concerne la deuxième question, la règle du nom de famille du père - qui affecte clairement le principe constitutionnel d'égalité entre les époux, ainsi que le droit de l'enfant à l'identité personnelle, et qui pourrait être un héritage de la conception patriarcale de la famille qui a disparu - a conduit la Cour à imposer une révision complète des règles à plusieurs reprises. L'inertie législative ayant persisté, un arrêt rendu en 2022 a finalement invalidé l'attribution automatique du nom de famille du père à l'enfant, introduisant la règle du double nom dans l'ordre établi tant que les parents n'en décident pas autrement.

4. A la question de savoir s'il lui est déjà arrivé de faire preuve de déférence pour manque d'expertise, la Cour constitutionnelle fédérale allemande répond que de tels cas sont impensables. Dans la mesure où la Cour constitutionnelle peut décider, elle le fait sur la base des normes constitutionnelles d'interprétation, pour lesquelles elle dispose d'une expertise suffisante. Il peut y avoir des questions préliminaires, telles que l'existence de règles générales de droit international, des questions concernant l'interprétation du droit commun ou des questions de validité dans le contexte du droit international, pour lesquelles la Cour constitutionnelle fédérale demandera une expertise externe.

Dans plusieurs cas, la Cour constitutionnelle tchèque s'est montrée réticente, estimant que la question devait être tranchée en premier lieu par le législateur et non par les tribunaux. Un exemple de cette approche est la décision sur la vaccination obligatoire. La Cour constitutionnelle a effectué un contrôle réduit de la législation dans le contexte du droit à l'inviolabilité de la personne, soulignant qu'il s'agissait d'une question technique plutôt que juridique. Dans un autre arrêt rendu en 2018, la Cour constitutionnelle a vérifié la constitutionnalité d'une réglementation gouvernementale fixant des limites au bruit de la circulation. Le gouvernement a fait valoir que l'affaire ne relevait pas de la compétence des tribunaux en général, car elle dépendait de la détermination de questions techniques et scientifiques. Cependant, la Cour constitutionnelle n'était pas d'accord et a déclaré que « les tribunaux ne devraient pas et ne peuvent pas s'abstenir de vérifier les affaires dans lesquelles la décision dépend de la détermination de questions techniques ou scientifiques ». La Cour a toutefois fait preuve de déférence dans le contrôle qu'elle a effectuée, car « elle ne peut avoir l'ambition de se lancer dans un contrôle des questions purement techniques

[...] Le contexte administratif et d'expertise nécessaire et les ressources pour prendre de telles décisions sont à la disposition du gouvernement et c'est avant tout à ce dernier qu'il incombe d'analyser tous les facteurs nécessaires dans leur globalité et à la lumière des connaissances actuelles ». Dans ces cas, la Cour constitutionnelle a maintenu une position modérée, principalement en raison de l'expertise supérieure du décideur.

Dans l'une des affaires jugées, la Cour constitutionnelle du Portugal s'est abstenue de déclarer inconstitutionnelles les dispositions normatives contestées, en partie à cause du « contexte épistémique limité » dans lequel elle a dû délibérer. Mais il ne s'agit pas d'un exemple de déférence au sens relevant du terme : la Cour n'a pas et ne pouvait pas imposer sa solution sur la question de fond au détriment de la solution du législateur, c'est-à-dire que la Cour n'a ni adopté ni approuvé la décision du décideur en se référant à l'aspect substantiel de la mesure. La Cour a simplement déclaré qu'elle n'était pas suffisamment informée du point de vue épistémique pour être convaincue de l'inconstitutionnalité de cette disposition. Une telle raison de ne pas déclarer une disposition législative inconstitutionnelle est une raison prudentielle pour s'abstenir d'agir de manière à violer le principe de la séparation des pouvoirs.

Selon la Cour constitutionnelle de Croatie, en général, il ne devrait pas y avoir de cas de déférence en raison d'un manque d'expertise, car la Cour peut demander et s'appuyer sur les conclusions d'experts spécialisés dans les domaines en question. Cependant, dans les cas urgents, lorsqu'il y a une pénurie générale d'experts et qu'une solution doit être prise rapidement, le décideur peut se voir accorder une marge d'appréciation plus large associée à un degré de déférence plus élevé.

La Cour constitutionnelle slovène accorde au législatif et à l'exécutif une plus grande marge de manœuvre lorsqu'il s'agit de régler des questions techniques ou scientifiques ne relevant pas du domaine juridique. Dans une affaire concernant l'abattage rituel des animaux, la Cour a clairement indiqué qu'elle ne pouvait pas jouer le rôle d'arbitre dans des questions scientifiques complexes. À cet égard, les considérations de la Cour constitutionnelle sur la conformité avec la Constitution des mesures de lutte contre la propagation de la pandémie de Covid-19 sont également pertinentes. Pour déterminer le caractère justifié de la mesure contestée, la Cour a expliqué que lorsque la justification de la mesure est directement liée aux raisonnements des experts, l'évaluation doit être effectuée « à la lumière des informations provenant des disciplines pertinentes disponibles au moment de la décision imposant les mesures ». Si les informations scientifiques sont encore en évolution à la date de la première apparition d'une maladie inconnue auparavant, en raison de laquelle un état d'épidémie ou de pandémie doit être déclaré, et l'avis de la communauté scientifique peut ne pas être unanime, le décideur compétent doit disposer d'une plus grande marge discrétionnaire pour déterminer l'avis des experts à suivre et la mesure dans laquelle il convient de suivre cet avis.

5. Aucune des cours interrogées n'a fait preuve de déférence à l'égard du risque d'erreur judiciaire. Comme l'a noté la Cour constitutionnelle d'Espagne, on ne peut jamais s'appuyer sur l'obscurité de la règle servant de paramètre de contrôle pour éviter la responsabilité de juger la question soumise au tribunal. Ce fait équivaldrait à un déni de justice pour les parties à la procédure et à une méconnaissance du rôle de la Cour en tant qu'« interprète suprême de la Constitution ».

La Cour constitutionnelle lettone n'a jamais fait explicitement référence à la possibilité d'une erreur judiciaire. Cependant, il semblerait que son refus de réexaminer l'opportunité politique des décisions du législateur réside dans l'absence de « normes et catégories juridiques suffisamment strictes » à l'aune desquelles mesurer cette opportunité. En d'autres termes, il est impossible pour la Cour lettone d'avoir la certitude que ses considérations d'opportunité politique sont plus correctes que celles du législateur. Les jugements rendus sans base juridique claire sont condamnés à être arbitraires dans une certaine mesure et donc susceptibles d'entraîner des erreurs judiciaires.

6. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, il n'y a pas eu de cas où la Cour a refusé de statuer, compte tenu de la légitimité du décideur. Cependant, lors de l'interprétation des dispositions constitutionnelles précises en cause et lors de l'application de la norme constitutionnelle pertinente à un cas concret, la Cour a, à plusieurs reprises, pris en compte le fait que la Constitution accorde ou non une large marge discrétionnaire au décideur.

La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine s'est penchée sur la question du pouvoir du Haut Représentant d'adopter des lois et sur le caractère juridique et le statut de ces lois. Dans une décision de 2000, la Cour a examiné la constitutionnalité de la loi sur la police des frontières. Le Haut Représentant de Bosnie-Herzégovine a imposé cette loi suite à l'échec du Parlement à adopter un projet de loi proposé par la Présidence de Bosnie-Herzégovine. Compte tenu de la situation en Bosnie-Herzégovine et du rôle juridique du Haut Représentant en tant qu'agent de la communauté internationale, ce fait n'a pas été sans précédent, des fonctions similaires ayant été exercées dans d'autres pays dans des circonstances politiques particulières. La Cour a également noté que le Haut Représentant était investi de pouvoirs spéciaux par la communauté internationale et que son mandat était de nature internationale. Comme l'a noté la Cour, indépendamment de la nature des pouvoirs conférés au Haut Représentant par l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine, le fait que la loi sur la police des frontières ait été adoptée par le Haut Représentant et non par le Parlement n'a pas modifié son statut de loi, ni dans la forme ni dans le fond, puisque, indépendamment de sa conformité à la Constitution, elle régleme un domaine relevant de la compétence du Parlement.

La Cour constitutionnelle de la République tchèque a également toujours considéré que la résolution des questions fondamentales concernant les êtres humains en tant qu'espèce biologique, leur vie et leurs relations, c'est-à-dire les questions relatives à la famille, à la parentalité et au mariage, relève de la seule compétence du législateur national. La transformation de ces questions en questions judiciaires conduirait à la politisation de la Cour constitutionnelle et donc à l'affaiblissement de sa position en tant qu'organe judiciaire impartial et indépendant protégeant l'ordre constitutionnel.

7. « Plus la législation concerne une vaste question de politique sociale, moins une cour sera disposée à intervenir ». En répondant à la question de savoir s'il s'agit d'une norme valable dans son activité, la Cour suprême d'Irlande a noté que les tribunaux irlandais ne seront pas dissuadés de statuer sur des questions de droit constitutionnel, même lorsque la question concerne une politique sociale vaste. Toutefois, les tribunaux ont parfois fait preuve de déférence sur des questions de politique sociale vaste : par exemple, ils ont hésité à invalider, pour des raisons d'égalité, le traitement différent entre les filles et les garçons en ce qui concerne l'activité sexuelle des mineurs.

Le Tribunal fédéral suisse adopte une approche différente. Il fait souvent preuve d'autolimitation lorsqu'il est confronté à des questions politiquement sensibles. L'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire «Aînés pour la protection du climat » mérite d'être mentionné dans ce contexte. Dans leur recours, les requérants demandaient que le gouvernement suisse prenne plusieurs mesures pour lutter contre le réchauffement climatique et qu'il réglemente le cadre juridique relatif à ses effets. En réponse à cette demande, le Tribunal a fait preuve de retenue et a souligné qu'en vertu du droit constitutionnel suisse, les propositions de mise en œuvre d'une politique publique spécifique dans un domaine faisant l'objet d'un débat peuvent en principe être introduites par le biais d'une participation démocratique. Le Tribunal a noté que « des objectifs de ce type ne peuvent pas être atteints par des moyens juridiques, mais par les moyens politiques que le système suisse offre suffisamment par le biais des instruments démocratiques ». Le Tribunal fédéral fait également souvent preuve de retenue dans sa jurisprudence sur des questions sensibles de politiques sociales. A cet égard, on peut citer les décisions relatives à l'indemnisation de l'assurance accident des étudiants salariés, à l'examen des conditions d'octroi d'une rente de veuve ou de veuf, ou encore au regroupement familial dans le cas d'une personne ayant acquis la nationalité suisse.

8. Sur l'existence d'un principe général de déférence dans l'appréciation de la philosophie et de la politique pénale, la Cour suprême estonienne a répondu que le législatif possède le pouvoir exclusif d'imposer des sanctions pénales et possède une marge discrétionnaire large dans la définition de la peine appropriée pour une infraction (y compris les limites de la peine). L'échelle des peines dépend des valeurs partagées par la société et le pouvoir législatif est compétent pour les exprimer. Cette marge permet au Parlement de modeler la politique pénale nationale et d'influencer les comportements criminels. Il découle du principe de la séparation des pouvoirs que les tribunaux ne peuvent pas commencer à modeler le système de sanctions à la place du pouvoir législatif, sur la base d'objectifs abstraits de politique pénale. Cependant, la marge discrétionnaire large du législatif n'exclut pas le pouvoir des tribunaux d'évaluer la conformité d'une règle de droit pénal, y compris d'une sanction, avec la Constitution.

La Cour constitutionnelle allemande ne se prononce pas sur des questions liées à la philosophie du droit pénal ou à la politique en matière pénale. La politique pénale doit s'inscrire dans le cadre constitutionnel et la philosophie du droit pénal ne précise aucune norme juridique directe et n'est donc pas soumise au contrôle de constitutionnalité. La Constitution allemande prévoit des conditions précises en matière de droit pénal. De l'article 101 à l'article 104, la Loi fondamentale énonce des droits procéduraux relatifs à la procédure pénale et équivalents aux droits fondamentaux.

La Cour constitutionnelle d'Espagne vérifie uniquement si la règle pénale ne conduit pas à un gaspillage inutile de la contrainte, ce qui rend la règle arbitraire et porte atteinte aux principes élémentaires de justice inhérents à la dignité de la personne et à la prééminence de la loi. La proportionnalité d'une réponse pénale peut être confirmée lorsque la règle vise à « préserver des droits ou des intérêts qui ne sont pas interdits du point de vue constitutionnel et qui ne sont pas socialement non pertinents » et lorsque la sanction est « instrumentalement appropriée à cet objectif » et qu'elle est nécessaire et proportionnée à cette fin. « De la perspective constitutionnelle, il sera possible de qualifier la règle ou la sanction pénale de non nécessaire lorsque, à la lumière

du raisonnement logique, des informations empiriques non controversées et du nombre de sanctions que le législatif lui-même a jugées nécessaires pour atteindre des objectifs de protection similaires, le caractère suffisant de certains moyens alternatifs moins restrictifs des droits et permettant d'atteindre tout aussi bien les objectifs poursuivis par le législateur [...] est suffisant et la règle ou la sanction pénale peut être considérée comme disproportionnée lorsqu'il existe un déséquilibre évident et excessif ou déraisonnable entre la sanction et l'objet de la règle, sur la base d'indices axiologiques constitutionnellement incontestés et de leur mise en œuvre dans la législation ».

Du point de vue de la Cour constitutionnelle belge, il n'existe pas de principe général de déférence dans l'appréciation de la philosophie et des politiques en matière pénale. Au contraire, la règle est le contrôle au cas par cas. En général, les lois pénales sont vérifiées avec plus d'indulgence, par exemple lorsque le législateur décide d'incriminer une nouvelle infraction ou lorsqu'il choisit d'augmenter la sévérité des peines, ou plus strictement lorsqu'il évalue la conformité des lois pénales avec les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour constitutionnelle tchèque a toujours considéré que la politique pénale, y compris la politique d'incrimination, impliquait un processus décisionnel complexe fondé sur des considérations criminologiques, sociales ou politiques. En conséquence, elle a exprimé sa réticence à l'égard des suggestions selon lesquelles certaines actes ne devraient pas être incriminés ou que la punition pour des actes illégaux était disproportionnée. La décision du législateur de qualifier un type particulier de comportement d'infraction pénale en termes de définition formelle et de fixer l'étendue des limites de l'incrimination de certains types de comportement est avant tout une manifestation de la politique pénale de l'État, qui relève de la compétence d'autres autorités de l'État, et non de la Cour constitutionnelle.

Dans sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle de Roumanie a estimé que le Parlement est libre de décider de la politique pénale de l'État, étant la seule autorité législative de l'État. La Cour roumaine a également estimé qu'elle n'avait pas le pouvoir d'interférer dans la sphère de la politique pénale de l'État, toute attitude contraire constituant une ingérence dans la compétence constitutionnelle du pouvoir législatif.

Selon la Cour constitutionnelle portugaise, la question dominante est de savoir si la décision du législateur d'incriminer un certain type de comportement est compatible avec les exigences du principe de l'*ultima ratio* et avec la condition d'une définition claire des infractions imposée par le principe de la prééminence de la loi. La Cour vérifie cette question au cas par cas, mais a tendance à accorder un poids considérable à sa propre jurisprudence dans des affaires similaires. Par exemple, dans une affaire concernant la constitutionnalité de l'infraction de proxénétisme, la Cour a conclu que la disposition légale incriminant le proxénétisme était inconstitutionnelle. Dans une autre affaire concernant la constitutionnalité de l'infraction de maltraitance des animaux, la Cour a conclu que la disposition définissant la maltraitance des animaux était inconstitutionnelle. Plus récemment, la Cour est revenue sur sa décision et s'est abstenue de la déclarer inconstitutionnelle.

9. En ce qui concerne la déférence pour des raisons de sécurité nationale, l'approche générale est que cette question ne devrait pas constituer un obstacle pour les tribunaux qui demandent des documents ou des informations nécessaires à la résolution d'une affaire.

L'une des décisions les plus récentes rendue par la Cour constitutionnelle slovaque dans ce domaine ne montre aucun signe de déférence. La Cour slovaque a invalidé trois dispositions de la loi sur l'asile. Selon les dispositions légales contestées, les demandes d'octroi ou d'extension d'une protection supplémentaire devaient être rejetées si les services secrets informaient le ministère de l'intérieur, qui était compétent pour les solutionner, que le demandeur représentait un danger pour la sécurité nationale. Les raisons sur lesquelles se fondait cette conclusion étaient tenues secrètes pour le demandeur et l'employé responsable du ministère.

Dans la même clé, la Cour constitutionnelle de la République de Moldavie a noté dans une affaire que les intérêts fondés sur la sécurité nationale n'ont pas un poids absolu. Elle a déclaré inconstitutionnelles les dispositions de la loi sur le régime des étrangers, qui interdisaient la notification aux étrangers des motifs de leur déclaration en tant que personnes indésirables.

Selon la Cour constitutionnelle de Turquie, un large pouvoir discrétionnaire est accordé aux limitations visant à protéger la sécurité nationale et à assurer l'ordre public. Toutefois, la Cour a estimé que ce pouvoir discrétionnaire n'était pas illimité et a examiné attentivement si les garanties constitutionnelles étaient respectées.

10. La question suivante concerne la passivité du gouvernement dans l'introduction de réformes visant à assurer le respect des droits fondamentaux. Par exemple, la Cour constitutionnelle tchèque est intervenue dans une affaire où le législateur avait fait preuve d'une inactivité prolongée. L'affaire concernait une restriction des droits fondamentaux des propriétaires, les politiciens tchèques n'ayant pas réussi à résoudre définitivement la question des loyers réglementés, réminiscence du communisme, pendant plusieurs décennies. Bien que la Cour constitutionnelle ait longtemps fait preuve d'une approche retenue, elle a jugé inconstitutionnelle l'inaction prolongée du Parlement tchèque qui n'a pas adopté de réglementation légale spéciale établissant quand le locataire est autorisé à augmenter unilatéralement le prix du loyer et les charges pour les services fournis dans le cadre de l'utilisation de l'appartement et à modifier d'autres conditions du contrat de location.

La Cour constitutionnelle slovène est considérée comme extrêmement activiste, car elle détermine fréquemment la manière dont ses décisions doivent être mises en œuvre. Ainsi, la Cour résout souvent provisoirement une question qui resterait autrement non résolue après qu'une décision ait été rendue, afin de protéger des valeurs constitutionnelles importantes, en particulier lorsque les droits de l'homme et les libertés fondamentales risquent d'être affectés. Par exemple, lorsqu'elle a jugé inconstitutionnelle la règle juridique autorisant uniquement le mariage de personnes de sexe différent, la Cour a immédiatement autorisé, en déterminant les modalités d'application de sa décision, le mariage de personnes sans distinction de sexe, en notant que « jusqu'à ce qu'il soit remédié à la situation d'inconstitutionnalité, le mariage doit être considéré comme l'union de deux personnes ».

Pour la Cour lettone, ces cas sont exceptionnels. Un exemple est une affaire concernant les droits de succession à payer sur l'héritage reçu d'un partenaire de même sexe. La Cour lettone a noté que

le Parlement n'a pas encore développé un système de reconnaissance légale et de protection des familles composées de partenaires de même sexe. Pour cette raison, la Cour lettone a souligné qu'à l'époque, l'État était « juridiquement aveugle » aux familles de même sexe et a jugé que la disposition contestée était donc inconstitutionnelle.

II. Décideur

11. En ce qui concerne la plus grande déférence à l'égard d'un acte du Parlement qu'à l'égard d'une décision de l'exécutif, l'approche de la plupart des cours qui ont répondu peut être résumée dans la formulation de la Cour constitutionnelle espagnole : il n'est pas correct d'établir une échelle de déférence en fonction des autorités publiques. Selon la Cour constitutionnelle de Roumanie, lorsqu'elle effectue le contrôle de constitutionnalité, elle ne fait aucune distinction fondée sur l'éventuel niveau différent de responsabilité démocratique du Parlement ou du Gouvernement. La Cour examine l'acte soumis au contrôle en tenant compte de sa nature législative, sans que le niveau de contrôle varie en fonction de l'émetteur de l'acte ou d'un aspect extérieur à son contenu normatif.

12. En ce qui concerne le poids que les tribunaux attachent au processus législatif, la Cour constitutionnelle fédérale allemande examine les faits sur lesquels le législateur a fondé sa décision à la lumière de leur fondement méthodologique et de leur plausibilité. La Cour accepte les faits dont dispose le législateur et l'expérience passée comme base de contrôle des lois.

La Cour constitutionnelle espagnole s'est montrée prudente dans l'utilisation du contexte parlementaire de l'adoption des normes, en particulier de la Constitution.

La Cour suprême d'Irlande peut étudier le processus législatif pour décider de la résolution d'une affaire. En particulier, lorsqu'il lui est demandé d'examiner une disposition législative, elle étudie le contexte de l'adoption pour comprendre l'intention du législatif.

En Belgique, les documents préparatoires du Parlement figurent dans les décisions de la Cour comme point de départ pour apprécier l'existence d'un but légitime et la justification de certaines dispositions. L'avis de la section législative du Conseil d'État sur les projets de loi est également souvent sollicité et la Cour accorde une attention particulière à cet avis et à la réaction ou à l'absence de réaction du législateur à cet avis. Il existe un précédent bien connu dans la jurisprudence de la Cour en Belgique où l'argument du processus législatif a été pris en compte. C'est le cas de l'ancienne distinction, dans le droit du travail belge, entre « travailleurs » et « employés ». Interrogée sur cette inégalité assez claire, la Cour a accepté le poids du processus législatif pour valider la législation. Cependant, dix ans après cet arrêt, lorsqu'on lui a posé la même question, la Cour a revu sa solution et a donné du poids à l'égalité, déclarant la loi inconstitutionnelle.

En Italie, les débats parlementaires n'ont pas de pertinence précise pour examiner la compatibilité de la législation avec les droits de l'homme et parce que, dans le système juridique italien, l'approbation d'une loi n'est pas accompagnée d'une motivation expresse. Cependant, le travail préparatoire est d'une valeur incontestable pour l'interprétation du cadre juridique. En effet, il est également possible de déduire la raison d'être et le but de la loi du débat qui a précédé son adoption. Cette conclusion s'applique aux lois traitant de cas spécifiques et aux lois interprétatives.

La Cour constitutionnelle bulgare examine comme preuve, dans nombre de ses décisions, les sténogrammes des débats parlementaires en séance plénière ou en commission, les rapports des commissions parlementaires ou les mémoires explicatifs et analyse la genèse de la législation.

Selon la Cour constitutionnelle de Lituanie, l'analyse du processus législatif peut faire et fait partie de l'examen en vue de constater la constitutionnalité de l'acte législatif contesté. La recherche des intentions du législatif peut également contribuer à l'identification d'une solution, notamment dans le cas du test du but légitime, applicable dans le cadre du test « classique » de la proportionnalité dans les situations de limitation de l'exercice des droits fondamentaux. Par exemple, dans un arrêt sur la constitutionnalité des dispositions de la loi sur la chasse, la Cour constitutionnelle a commencé son analyse par la réglementation légale, en rappelant les origines de la réglementation des relations de chasse et en explorant son histoire, en soulignant son importance.

13. En ce qui concerne la vérification de la justification par le décideur ou sa comparaison éventuelle avec la solution que les cours adopteraient si elles étaient décideurs, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a noté que le législateur n'a pas l'obligation de justifier les lois qu'il adopte. Par principe, la Constitution allemande oblige le législateur à adopter des lois efficaces. Dans ce contexte, la Cour allemande a notamment déclaré dans un arrêt que « l'affirmation selon laquelle la loi contestée n'est pas suffisamment motivée n'est pas fondée. Les exigences constitutionnelles ne portent pas sur la motivation d'une loi, mais sur les résultats des procédures législatives. [...] La Loi fondamentale ne précise pas quelles parties de la procédure législative doivent être justifiées, quand et comment. La Loi fondamentale laisse place à la négociation et au compromis politique. Ce qui est décisif, c'est que le législateur ne manque pas aux exigences constitutionnelles ».

Le Conseil constitutionnel français ne substitue pas son appréciation à celle du législateur. Il constate habituellement qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de prise de décision identique à celui du Parlement et qu'il ne peut investiguer si les objectifs fixés par le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées au regard de l'objectif poursuivi.

La Cour constitutionnelle belge apprécie si un choix particulier du législateur est raisonnablement justifié. Elle conclut à la violation lorsqu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les objectifs du législateur, les mesures choisies et leurs conséquences. La Cour a également mentionné explicitement dans plusieurs affaires que, bien que plusieurs options constitutionnelles soient disponibles, elle n'a pas le pouvoir de choisir entre elles.

En Slovénie, seuls les cas d'application rétroactive de dispositions légales exigent du législateur qu'il justifie son choix d'une réglementation particulière, même au cours de la procédure législative. Selon la jurisprudence constitutionnelle, l'effet rétroactif ne peut être justifié que par un intérêt public particulier qui justifie l'effet rétroactif de la réglementation, sans lequel l'objectif visé par la réglementation ne pourrait être atteint. Cependant, étant donné qu'un tel intérêt public justifie l'exception à l'interdiction constitutionnelle de l'effet rétroactif d'une réglementation - et que les exceptions doivent être interprétées de manière restrictive - il doit être identifié avec précision dans la procédure législative et expliqué dans les actes législatifs.

14. La question suivante concernait la mesure dans laquelle la décision avait été précédée d'une analyse complète de la compatibilité avec les droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle de la République tchèque a estimé, lors de l'examen de la « loi anti-tabac », qui a introduit une interdiction totale de fumer dans les restaurants, que le législateur était en mesure de défendre, dans ce cas, l'objectif visé de protéger la vie et la santé « contre les intérêts commerciaux et autres de l'industrie du tabac ». La référence à l'intention du législateur de protéger la vie et la santé devrait conduire la Cour constitutionnelle à faire preuve de retenue. Elle a souligné que le rapport explicatif démontrait que le législateur avait soigneusement examiné les interventions dans les industries du tabac et HoReCa. Pour ces raisons, la Cour constitutionnelle a conclu que l'interdiction de fumer visait à atteindre des objectifs légitimes et ne constituait pas une ingérence arbitraire dans l'exercice des droits fondamentaux. Selon la Cour tchèque, plus le législateur accorde d'attention à une éventuelle ingérence dans les droits fondamentaux, plus la législation a de chances de survivre au contrôle de la Cour constitutionnelle.

Pour la Cour constitutionnelle de Macédoine du Nord, les débats qui ont lieu au Parlement de la République dans le cadre de l'adoption d'une loi n'ont généralement pas d'impact sur la procédure et le processus décisionnel de la Cour constitutionnelle.

15. En ce qui concerne la représentation complète des opinions opposées dans les débats parlementaires lors de l'adoption d'une mesure, la Cour constitutionnelle autrichienne a répondu qu'elle ne vérifie pas seulement une éventuelle inconstitutionnalité matérielle, mais qu'elle examine également le respect des règles procédurales relatives à l'adoption des règles juridiques. Ce faisant, elle doit contrôler chaque étape du processus législatif. Même les violations des règles de procédure du corps législatif qui peuvent affecter le processus d'élaboration des politiques par le Parlement peuvent conduire à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi. Toute mesure prise par les organes impliqués dans le processus législatif de leur propre volonté dans le but de prendre des décisions n'est pas soumise au pouvoir de contrôle de la Cour constitutionnelle. Par conséquent, les discussions parlementaires sur le sens de la législation proposée n'ont aucune pertinence juridique pour le contrôle des normes juridiques. La « qualité » de la procédure parlementaire n'est pas un critère indépendant pour évaluer la constitutionnalité d'une loi. Les procédures « coopératives », y compris les procédures considérées comme nécessaires pour l'adoption de la loi sur l'équilibre fiscal, constituent une exception spécifique.

La Cour constitutionnelle de Croatie note qu'il n'est pas de sa compétence d'analyser le contenu d'un débat parlementaire du point de vue de la représentation complète des positions opposées ou du point de vue de l'attention portée aux raisons générales ou aux implications pour les droits. Plus récemment, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, elle examine si l'objectif poursuivi par le législateur est justifié et prend donc note des éléments de la procédure législative conduisant à l'adoption d'une loi. Toutefois, la Cour a constaté une tendance alarmante à l'augmentation du nombre de lois à adopter selon la procédure d'urgence. En effet, la Cour a constaté que cela pouvait porter atteinte à l'essence même du parlementarisme, à savoir les normes inhérentes à la procédure démocratique, en particulier l'exigence d'un large débat public. L'adoption de lois selon la procédure d'urgence devrait donc être une exception et doit être justifiée par des raisons précises et concluantes. Il ne semble pas que, ce faisant, la Cour ait fait une distinction entre les raisons générales et l'implication pour les droits.

Selon la Cour constitutionnelle de la République tchèque, le fait qu'elle évalue si les droits de la minorité parlementaire ont été correctement pris en compte fait partie intégrante du contrôle de la Cour sur la constitutionnalité de la procédure d'adoption de la réglementation juridique contestée. Les droits fondamentaux de la minorité parlementaire ou de ses membres peuvent être considérés, avant tout, comme des droits garantissant la participation aux travaux parlementaires et permettant à l'opposition parlementaire d'exercer une surveillance et un contrôle sur la majorité au pouvoir, ce qui peut être compris comme une caractéristique fondamentale de l'État de droit. La Cour tchèque considère le droit de bloquer ou de reporter les décisions prises par la majorité comme un droit de la minorité parlementaire. Chaque député ou sénateur doit avoir la possibilité réelle de prendre connaissance du contenu du projet d'acte soumis, de l'évaluer et de prendre position à son sujet dans le cadre de son examen par la chambre compétente du Parlement ou ses organes, ce pour quoi il doit disposer d'un temps suffisant.

16. La question suivante portait sur la nature des preuves concluantes de la légitimité démocratique d'une décision lorsque celle-ci est prise par le pouvoir législatif ou après consultation ou débat public. La Cour constitutionnelle de Lituanie a statué dans une affaire que la législation adoptée dans le régime d'urgence et les procédures spéciales d'urgence n'est autorisée que dans des cas exceptionnels raisonnables, étant donné que la phase des consultations publiques est omise lorsqu'une loi est adoptée dans le régime d'urgence ou d'urgence spéciale. Les consultations publiques sont également l'un des moyens de mettre en œuvre le droit des citoyens à participer à la gouvernance de l'État. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle a déclaré que « pour assurer la publicité et la transparence du processus législatif, ainsi que les droits des citoyens de participer à la gouvernance de leur État et de critiquer le travail des institutions de l'État ou de leurs fonctionnaires... la législation doit être réglementée de manière à créer la possibilité pour la société de participer à la délibération sur les projets de loi. Pour atteindre cet objectif, il faut établir une réglementation juridique du processus législatif sur la base de laquelle les projets de loi soumis au *Seimas* sont rendus publics afin que les groupes de la société et les parties impliquées aient suffisamment de temps pour y accéder et exprimer leur opinion, leurs commentaires et leurs propositions sur ces projets de loi, qui sont évalués de manière responsable et raisonnée ». En outre, il existe une obligation d'analyser et de prendre en compte les opinions publiques. La Cour constitutionnelle a estimé qu'en ce qui concerne les exigences de publicité et de transparence du processus législatif et les exigences de qualité des lois adoptées, des unités structurelles du *Seimas* doivent être mises en place pour analyser et évaluer les commentaires et les propositions reçus sur les projets de loi en cours de débat. Des instruments juridiques préventifs internes du *Seimas* doivent être mis en place afin que les lois et autres actes juridiques adoptés par le *Seimas* ne soient pas contraires à la Constitution et répondent aux exigences de qualité découlant de la Constitution pour des lois et autres actes du *Seimas*.

III. L'étendue des droits, la légalité et la proportionnalité

17. En ce qui concerne la déférence des tribunaux au stade de la définition des droits, en donnant du poids à la définition du droit fondamental fournie par le gouvernement ou en l'appliquant à la situation de fait, la Cour constitutionnelle allemande a souligné qu'elle interprète les droits fondamentaux de manière autonome et en tant qu'autorité de dernier ressort.

La Cour constitutionnelle belge évite naturellement de jouer sur les mots et s'appuie principalement sur la définition de bon sens ou sur les définitions officielles des concepts juridiques (qu'elles soient prévues par la loi ou déduites des débats parlementaires). Cependant, les définitions ne sont pas toujours en faveur des autorités publiques et la Cour veille à ne pas utiliser une définition de manière à priver les requérants potentiels de l'accès à la justice constitutionnelle. Par exemple, la Cour a donné raison à un requérant qui utilisait la définition de « propriétaire riverain » au sens commun, contre la prétendue définition du Gouvernement.

La Cour constitutionnelle n'a jamais fait preuve de déférence au stade de la définition des droits pour donner du poids à la définition du droit proposée par le gouvernement ou à l'application de cette définition à la situation factuelle.

18. À la question de savoir si la nature des droits fondamentaux applicables influe sur le degré de déférence, la Cour constitutionnelle italienne s'est référée à un arrêt dans lequel elle a déclaré que tous les droits fondamentaux protégés par la Constitution « sont interdépendants et qu'il n'est donc pas possible d'identifier l'un d'entre eux comme absolument prédominant par rapport aux autres. La protection doit toujours être « systématique et non fragmentée en une série de règles non coordonnées et susceptibles d'entrer en conflit les unes avec les autres » [...]. S'il n'en était pas ainsi, il en résulterait une extension illimitée de l'un des droits, qui « tyranniserait » d'autres intérêts juridiques reconnus et protégés par le droit constitutionnel en tant qu'expression de la dignité humaine. »

La Cour constitutionnelle de Hongrie note que dans le cas des droits fondamentaux de deuxième génération, leur applicabilité peut être justifiée sur la base de la capacité économique du pays, ce qui relève en premier lieu de la compétence du Gouvernement et en second lieu de celle de l'Assemblée nationale. Par conséquent, ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'une violation d'un tel droit fondamental peut être établie. L'un de ces cas est la garantie par l'État du minimum d'existence, qui a été extraite de la Constitution en combinant le droit à la sécurité sociale et le droit à la dignité humaine. La Cour constitutionnelle protège le droit à la dignité humaine de manière plus large et plus importante, en tant que droit général de la personnalité, en tant que droit fondamental subsidiaire. La liberté d'expression bénéficie également d'un traitement spécial en tant que « droit mère » des droits fondamentaux de communication. Dans ce dernier cas, le critère décisif est qu'elle est à la base de la participation démocratique aux affaires publiques et qu'elle vise à définir les valeurs d'une société pluraliste et qu'elle « doit donc céder le pas à très peu de droits ».

Pour le Tribunal fédéral suisse, la garantie de la dignité humaine joue également un rôle important. Le noyau intangible n'est généralement pas identique à la question du champ d'application de la loi ou de la protection des droits fondamentaux. Il en va différemment pour les droits fondamentaux dont le champ d'application et le noyau intangible sont combinés. C'est le cas de l'interdiction de la peine de mort et de la torture, ainsi que du droit à la vie, du droit d'obtenir réparation en cas de souffrance et de l'interdiction de la censure.

La Cour constitutionnelle belge opère une sorte de classification des droits en fonction de leur importance dans la jurisprudence concernant la condition d'un intérêt existant dans le procès ou la qualité processuelle. Une personne doit prouver un « intérêt à invalider la loi » et la Cour considère

que certains droits sont si importants que toute personne a qualité processuelle. *L'habeas corpus* en fait partie. Toutefois, l'impact de ce raisonnement est quelque peu limité, car la Cour est généralement assez indulgente lorsqu'il s'agit de la qualité processuelle.

Pour la Cour constitutionnelle autrichienne, le niveau de déférence peut varier en fonction de la nature structurelle du droit fondamental concerné et de la nature et de la substance de l'ingérence dans ce droit. Un bon exemple, en ce qui concerne les procédures de contrôle de la constitutionnalité des lois, est le droit fondamental de participer à des activités lucratives. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle accorde au législateur une plus grande marge de manœuvre lorsqu'il adopte des dispositions régissant l'exercice d'une profession ou d'une occupation en général que celles qui régissent l'accès à une profession.

Pour la Cour constitutionnelle espagnole, il suffit de souligner que les différences entre les droits fondamentaux n'ont rien à voir avec leur importance et qu'il n'existe pas non plus de hiérarchie distincte des droits fondamentaux. La Constitution doit être interprétée dans son ensemble et de manière systématique afin de résoudre les antinomies apparentes. Étant donné qu'il n'existe pas de noyau incontestable du pouvoir d'amendement, il n'est pas nécessaire d'examiner, également sous cet angle, la hiérarchie des droits fondamentaux déjà rejetée.

19. En ce qui concerne une éventuelle échelle de clarté lors de l'examen de la constitutionnalité d'une loi, la Cour constitutionnelle autrichienne détermine si une disposition peut être interprétée de manière différente d'un cas à l'autre. Pour déterminer le sens de la loi, toutes les méthodes d'interprétation disponibles doivent être épuisées. Ce n'est que si, après l'application de toutes les méthodes d'interprétation, le sens d'une disposition reste flou, que les exigences de l'État de droit sont violées. Dans un cas, la Cour constitutionnelle a justifié l'abrogation d'une disposition d'un règlement sur les allocations de chômage comme étant inconstitutionnelle : « Ce n'est qu'avec une expertise subtile, des compétences méthodologiques extraordinaires et une certaine volonté de résoudre des exercices mentaux que l'on peut généralement comprendre quels ordres doivent être donnés ici. »

La Cour constitutionnelle d'Albanie dispose d'une échelle de clarté qu'elle applique lorsqu'elle examine la constitutionnalité d'une loi. Le degré de clarté est plus rigoureux lorsqu'il s'agit d'examiner des lois ou des actes normatifs en matière pénale.

Pour la Cour constitutionnelle d'Espagne, étant donné que les dispositions constitutionnelles se caractérisent par une formulation particulièrement ouverte, l'aphorisme *in claris non fit interpretatio* ne peut être utilisé. Il n'est pas surprenant que lorsque la Cour constitutionnelle a invoqué cette règle, elle l'a fait dans le cadre de l'interprétation de règles juridiques. Ce fut le cas lors de la comparaison entre les règles de l'État et les règles régionales, où il y avait une contradiction évidente, ou lors de la détermination du lieu et du délai de présentation des candidats dans les processus électoraux.

En ce qui concerne le principe *in claris non fit interpretatio*, le Tribunal constitutionnel d'Andorre ne renonce pas à sa fonction d'interprète constitutionnel de la loi, qu'il considère comme essentielle : « Aujourd'hui, toute la communauté juridique s'accorde à dire que l'adage *in claris non fit interpretatio* ne peut être compris dans un sens purement littéral ou grammatical, puisqu'il faut toujours interpréter, même pour déterminer si un texte est clair. L'interprète est, comme on

dit, un « médiateur » qui transfère une réalité, matérielle ou idéale, d'un texte juridique, philosophique ou littéraire ou d'une partition musicale, de l'intuition d'un artiste à l'œuvre d'un artisan, à son incarnation pratique. L'interprétation est une activité essentielle dans tout processus herméneutique et implique de la subtilité dans sa compréhension, son explication et son application ».

20. En ce qui concerne l'intensité du contrôle dans le cas du test du but légitime, la Cour constitutionnelle espagnole n'a pas eu besoin de développer l'exigence que les mesures restrictives d'une loi poursuivent un but constitutionnellement légitime. La Cour belge n'a jamais conclu qu'une disposition particulière n'avait pas satisfait au test du but légitime.

La Cour constitutionnelle slovène établit l'objectif du législateur à partir du texte de la loi, des documents législatifs, de la réponse soumise par le législateur dans la procédure de contrôle de constitutionnalité et de l'avis du Gouvernement ou d'une autre autorité compétente. Si le but ne peut être déterminé de cette manière, la Cour constitutionnelle peut également le déduire de l'expérience générale de la vie, à condition qu'il soit suffisamment identifiable. Toutefois, si l'existence d'un but constitutionnellement admissible pour l'ingérence en question n'est pas claire et identifiable sans équivoque, il n'incombe pas à la Cour constitutionnelle de vérifier la cohérence de la réglementation avec la Constitution à la lumière d'éventuels buts purement hypothétiques.

21. La question suivante visait à établir quel test de proportionnalité les tribunaux utilisent et s'ils appliquent toutes les étapes de ce test.

La théorie ou la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de la République tchèque n'a pas encore clairement établi si le test du but légitime est une étape distincte du contrôle de constitutionnalité ou s'il fait partie du test de proportionnalité. En principe, la Cour applique le test du but légitime de trois manières. Le test du but légitime peut être une étape distincte dans l'évaluation de la restriction du droit avant le test de proportionnalité ; il peut être inclus dans l'exigence d'adéquation du test de proportionnalité en trois étapes ; ou il peut constituer l'étape initiale (spéciale) du test de proportionnalité, auquel cas nous parlons du test de proportionnalité en quatre étapes.

Deux tendances existent parmi les tribunaux qui ont apporté des réponses. La première catégorie de tribunaux applique un test en quatre étapes. C'est le cas de la Cour allemande. Selon elle, l'ingérence dans les droits fondamentaux doit poursuivre un but légitime, être appropriée et nécessaire pour atteindre le but légitime et être proportionnée au sens strict. Lorsqu'elle examine si une ingérence est proportionnée au sens strict, la Cour allemande met en balance l'intensité de l'ingérence, l'importance du bien commun ou des intérêts constitutionnels concurrents et la mesure dans laquelle le bien commun bénéficierait de l'ingérence dans l'exercice du droit fondamental en question.

La Cour suprême irlandaise utilise un test de proportionnalité adopté par la jurisprudence canadienne. Selon ce test, « l'objectif de la disposition contestée doit être d'une importance suffisante pour justifier la suppression d'un droit protégé par la Constitution. Il doit être lié à des préoccupations urgentes et substantielles dans une société libre et démocratique. Les moyens choisis doivent être soumis à un test de proportionnalité. Ils doivent : être rationnellement liés à l'objectif et ne pas être arbitraires, inéquitables ou fondés sur des considérations irrationnelles ;

porter le moins possible atteinte au droit ; et leurs effets sur les droits doivent être proportionnés à l'objectif ». Le test de proportionnalité irlandais comporte quatre éléments : i) objectif légitime ; ii) lien rationnel ; iii) ingérence minimale dans le droit ; et iv) équilibre général.

Au contraire, la Cour constitutionnelle belge applique les trois étapes du test de proportionnalité, mais elles sont parfois indiscernables ou agrégées. Il n'y a pas de règle fixe, la Cour opère au cas par cas. La plupart du temps, la Cour va jusqu'à l'étape de la proportionnalité au sens strict et n'aborde pas les étapes précédentes ou procède à un contrôle léger. Toutefois, il y a eu de rares cas où la Cour belge a mis en évidence une question d'adéquation ou de nécessité.

22. A la question de savoir si elle passe en revue chaque étape applicable du test de proportionnalité, la même Cour a répondu qu'elle rappelle habituellement au public lecteur l'existence des critères et leurs implications théoriques, mais que parfois des préoccupations de clarté exigent une approche moins rigide de la manière dont l'application réelle du test est présentée (par exemple, lorsque le test est appliqué plusieurs fois dans la même décision à l'égard de dispositions différentes).

La Cour portugaise, par exemple, s'est montrée de plus en plus prudente dans son utilisation de la troisième étape du test de proportionnalité, soulignant le respect dû pour l'exercice par le législateur démocratiquement élu des pouvoirs qui lui sont conférés par la Constitution (en particulier dans les procédures de contrôle abstrait). Toutefois, les raisons de cette prudence n'ont pas encore été clairement et systématiquement exposées dans sa jurisprudence.

La Cour autrichienne n'harmonise pas toujours son raisonnement avec le schéma classique et saute parfois certaines étapes du test. Elle affirme parfois qu'une disposition est proportionnée.

La Cour constitutionnelle luxembourgeoise ne suit pas systématiquement chaque étape du test de proportionnalité. Dans sa pratique, deux approches se distinguent. La première consiste à appliquer le principe de constitutionnalité en tant que principe constitutionnel. Dans ce contexte, le test effectué par la Cour consiste en une « mise en balance » des droits et des objectifs de la loi ou, plus récemment, en une vérification du « juste équilibre » entre les droits protégés et les droits affectés par la loi. La seconde approche est appliquée dans le cadre des affaires concernant le principe d'égalité devant la loi. Dans ces cas, les juges constitutionnels s'assurent que la différence de traitement est fondée sur des disparités objectives et qu'elle est rationnellement justifiée, adaptée et proportionnée à son objet. Toutefois, dans ce second contexte, la Cour constitutionnelle de Luxembourg n'analyse pas toujours de manière exhaustive chaque étape du test de proportionnalité. Elle peut se concentrer sur certains aspects, selon les cas, sans nécessairement distinguer les trois étapes de manière explicite.

23. La question suivante visait à savoir si les tribunaux acceptent que la mesure contestée satisfasse à une ou plusieurs étapes du test de proportionnalité même si, à leur avis, il n'y a pas de preuves suffisantes pour le démontrer.

Pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, lorsqu'un pronostic est nécessaire ou lorsque la certitude scientifique quant aux effets causaux pertinents est insuffisante, elle examine uniquement si les mesures méthodologiques prises par le législateur et les faits sur lesquels elles se fondent sont plausibles. Si tel est le cas, l'ingérence dans les droits fondamentaux reste constitutionnelle,

même s'il s'avère par la suite que l'appréciation du législateur était incorrecte. Un exemple pertinent dans ce contexte est celui des fermetures d'écoles pendant la pandémie de COVID-19. S'il s'avère que l'appréciation du législateur était incorrecte à l'époque, celui-ci est tenu d'adapter les dispositions légales pour l'avenir. Le fait que le Parlement, en tant que pouvoir législatif, ait pour tâche de prendre des décisions dans des circonstances factuelles incertaines et sur la base de prévisions implique nécessairement que le législateur est autorisé à agir même s'il n'est pas certain que les développements ultérieurs confirmeront qu'il a agi correctement.

De même, dans les cas où la Cour constitutionnelle de Slovénie passe directement à l'une des étapes suivantes du test de proportionnalité, la question de savoir si la mesure a franchi les étapes susmentionnées reste ouverte, mais il serait exagéré de prétendre que la Cour constitutionnelle a tacitement confirmé que la mesure a franchi ces étapes.

24. L'une des questions portait sur l'évolution de la théorie de la déférence judiciaire. Il s'agissait de savoir si cette théorie était apparue en même temps que le test de proportionnalité. En Italie, les deux aspects ont évolué de manière significative au cours des plus de soixante années d'existence de la Cour. Dans les premières années, la Cour a fait preuve d'une attitude particulièrement déférente à l'égard de la marge discrétionnaire du Parlement, fondée sur la nécessité implicite d'entrer avec prudence et ordre dans la dynamique institutionnelle, et aussi en raison de l'adoption de décisions d'irrecevabilité selon lesquelles les questions impliquaient des exercices d'équilibrage complexes et de multiples options à la disposition du législateur, au mieux accompagnées de demandes ou d'avertissements au législateur d'intervenir pour remédier à des situations de constitutionnalité douteuse. La tendance à l'inertie du Parlement a certainement encouragé le développement progressif de certains types de décisions de plus en plus sophistiqués, capables de maximiser l'étendue du contrôle constitutionnel au détriment de zones insoutenables d'inaccessibilité à l'abri de tout contrôle. Ainsi, depuis les années 1970, des décisions innovantes intégrant des déclarations de constitutionnalité « manipulatrices » ont été rendues. Fondées sur une distinction entre disposition et règle, ces décisions ont remédié à des omissions législatives, en s'appuyant sur des décisions « additives », y compris celles qui ont ajouté des principes directeurs plutôt que des règles, ou ont remplacé des règles jugées inconstitutionnelles par d'autres qui pouvaient être dérivées de la Constitution ou comme l'exigeait la Constitution et qui ont ensuite été énoncées dans le dispositif de la décision, en s'appuyant sur des décisions « substitutives ».

En Irlande, l'émergence du test de proportionnalité a coïncidé avec l'émergence de la théorie de la déférence judiciaire. Il en va de même au Tribunal fédéral suisse, où le test de proportionnalité a effectivement coïncidé avec des exercices d'autolimitation.

25. Pour la plupart des tribunaux, la jurisprudence de la CEDH a modelé leur approche concernant la déférence. En Allemagne, si la Cour européenne des droits de l'homme devait appliquer à l'ingérence de l'État un critère de contrôle plus strict que celui que la Cour constitutionnelle fédérale applique au législateur, cela amènerait probablement la Cour constitutionnelle fédérale à examiner sa propre jurisprudence en vue de l'adapter. Pour la Cour constitutionnelle fédérale, la théorie de la CEDH sur la marge d'appréciation n'est pas entièrement équivalente sur le plan juridique à la marge discrétionnaire que la Cour constitutionnelle fédérale accorde aux autorités nationales. Elle repose sur des points de vue différents. Pour déterminer la marge d'appréciation, la CEDH fait différence en fonction de la pratique des États membres du Conseil de l'Europe.

Alors que les États sont le point de référence pour la CEDH dans ce contexte, la Cour constitutionnelle fédérale se réfère aux autorités de l'État. Cependant, les critères de fond que la CEDH reconnaît lorsqu'elle offre une large marge d'appréciation peuvent, dans certains cas, être transférés à l'octroi d'une marge discrétionnaire aux autorités de l'État par la Cour constitutionnelle fédérale.

Selon le Conseil constitutionnel français, les considérations relatives à la marge d'appréciation que la CEDH reconnaît aux autorités étatiques lorsqu'elle constate qu'elles remplissent leurs obligations au titre de la Convention, même si certaines similitudes conceptuelles abstraites peuvent être conçues, *mutatis mutandis*, avec le pouvoir d'appréciation et de décision que la Constitution et le Conseil constitutionnel ont reconnu au législateur national, il convient de souligner qu'il s'agit de considérations de nature différente, certaines relevant du droit international et d'autres du droit constitutionnel, de la séparation des pouvoirs et de l'exercice de la souveraineté nationale.

La marge d'appréciation reconnue par la CEDH est égale à la marge discrétionnaire reconnue par la Cour constitutionnelle de Macédoine du Nord lors de l'examen de la constitutionnalité et de la légalité des actes du législatif et de l'exécutif restreignant les libertés et les droits du citoyen, en particulier lors de l'application du test de proportionnalité, qui résulte directement de la jurisprudence de la CEDH.

Pour la Cour constitutionnelle de Serbie, la jurisprudence de la CEDH sur la marge d'appréciation dont disposent les États dans des matières précises est essentiellement similaire, voire équivalente, à son approche du pouvoir discrétionnaire.

Mais pour la Cour suprême irlandaise ou la Cour constitutionnelle tchèque, la jurisprudence de la CEDH n'a pas modelé leur approche de la déférence ou n'a pas eu d'impact significatif sur leur position en matière d'autolimitation ou de déférence.

Nous sommes convaincus que les réponses données aux questions du questionnaire présentent des informations intéressantes pour les chercheurs qui se consacrent au thème de la déférence judiciaire. Pour de plus amples informations sur ce sujet, nous invitons le lecteur à consulter les ouvrages suivants.