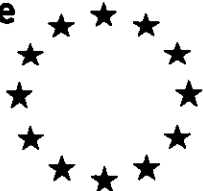


607
S6/3823

Council of Europe

Conseil de l'Europe



Strasbourg, 15 October 1996

<s:\cd\doc\96\cd\pdx>

N° 029/96

Restricted
CDL (96) 78
Or. Eng/fr.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW

COMMENTS

**ON THE DRAFT LAW
ON THE CONSTITUTIONAL COURT
OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN**

by

**Mr E. ÖZBUDUN, (Turkey)
Mr M. RUSSELL, (Ireland)
M. M. LESAGE, (France)**

**Comments Azerbaijan's Draft Law
on the Constitutional Court**

Ergun Özbudun

Azerbaijan's draft law on the Constitutional Court is essentially based on Article 130 of the Constitution of the Azerbaijan Republic, and therefore it has to be examined in conjunction with the said Article of the Constitution.

Under Article 130 (I and II) of the Constitution, the Court is composed of 9 judges appointed by the National Assembly on the recommendation of the President of the Republic. As to the term of office of the judges, the draft law foresees two variants. Under the first variant judges shall be appointed for a period of 15 years and may not be re-appointed. Under the second, they shall be irremovable during their term of office and automatically retire at the age of 75. Although both variants are acceptable in terms of ensuring the independence of the judges, I personally prefer the first since it allows for a circulation of the membership and infusion of new blood into the court.

With regard to the immunity of judges, Article 11, para. 2 of the draft law states that a judge accused of a criminal offence may be removed from office in accordance with the procedure specified in Art. 128, para. 4 and 5 of the Constitution. However, Article 128 is not clear as to what is meant by the "conclusions" of the Supreme Court. If it means a final verdict, the removal of a judge convicted of a criminal offense is quite natural. On the other hand, if it means a temporary order for suspension from office, then the loss of membership on the basis of preliminary findings seems unwarranted. The draft law also mentions (Art. 11, paras. 3,4,5) temporary suspension from office and states that upon an innocent verdict the judge's powers shall be restored. In any case, the distinction between the permanent loss of membership and the temporary suspension is not clear in the draft law and should be clarified.

With regard to the method of choosing the president of the court, four variants were foreseen. My own preference is for variant 4, under which the president and the

vice-president are elected by the members of the court. This is the option most suitable to preserving the independence and the prestige of the court.

The constitution and the draft law give the court a broad area of competence which includes, in addition to reviewing the constitutionality of laws and other normative acts, the review of the legality of certain administrative acts (normally this should have been a function of administrative courts), prohibition of political parties and other public unions, settlement of disputes between legislative, executive, and judicial authorities, giving binding interpretations of the constitution and the laws, and supervising and approving of the election results (Const. Arts. 130, 86). Despite this broad area of competence, however, it appears that the Constitutional Court's proceedings can only be initiated by a request of one of the organs of the state enumerated in Article 130, 11 of the Constitution. In other words, only "abstract norm control" (principal proceedings) seems to have been foreseen by the constitution. However, since the Constitution contains no provision explicitly precluding "concrete norm control" (incidental proceedings), there should be no problem about incorporating it in the draft law. Indeed, the constitution and the draft law mention the Supreme Court among the state organs entitled to start proceedings before the Constitutional Court. But this possibility should be recognized for all courts regarding a law (or other normative act) applicable in the case under trial either on the trial court's own initiative or upon a plea of unconstitutionality by one of the parties in the case under trial.

Ideally, the state organs entitled to start the review proceedings should have included a certain number or percentage of deputies. However, since it is not foreseen in the Constitution, it is doubtful whether it can be added to the draft law.

In general, the draft law is too long and contains some repetitive sections (e.g. Arts. 21 and 26, 28 and 36). However, the fact that Azerbaijan has endorsed the principle of the supremacy of the constitution by creating a Constitutional court is a most welcome step in that country's democratic development.

REPUBLIC OF AZERBAIJAN - DRAFT LAW ON THE CONSTITUTIONAL COURT

[Note: The comments which follow are based on the English translation of the draft law in document CDL (96) 64 of the European Commission for Democracy through Law.]

It is clear that the aim of the drafters of the Law has been to provide for a court which will protect human rights and the rule of law, and ensure the independence of the court, in accordance with the standards required of a modern European democratic state. As a general comment it can be said that the text contains much detail - for example in Chapters IV - VI - which in many other countries is not contained in legislation but is either contained in rules made by the court itself (a procedure provided for by Article 88 of the draft Law) or is simply evolved in practice by the court; this approach has the advantage of flexibility, enabling changes to be made when experience of the working of the court should so require. However, this is a question of policy, to be decided by Azerbaijan in the light of its own situation.

Article 1

As regards the restriction in the second sentence, it will be appreciated that on occasion it may be necessary for the court to decide what might be regarded as a question of fact rather than of law - e.g., whether a law or a decree as applied has resulted in a breach of the provisions of Articles 46.111, 47.111 or 48.111 of the Constitution. It is not clear from the wording of the Constitution, particularly Article 130, whether the court has jurisdiction to decide whether a practice or an action in an individual instance, which is conducted by the police or an administrative organ in purported reliance on a law or decree whose terms are themselves in accordance with the Constitution, amounts to a breach of those Articles and other provisions of Chapter III of the Constitution.

It is desirable that such questions should be decided by the highest judicial authority. While Article 130.VI of the Constitution allows the court to take decisions regarding its own competence, and Article 4 of the draft law is helpful in this regard, there is a limit to the scope of this provision. It is of extreme importance that a citizen who considers that his human rights have been denied to him should have the possibility of obtaining an authoritative ruling by a high court of Azerbaijan (whether directly or through a court) rather than being obliged to seek redress from the European Court of Human Rights.

Article 5

- i) It is not possible for any court in any country to have total financial independence of the government, and this is recognised by Article 15, eighth indent.
- ii) Is the second paragraph necessary in view of Article 4?

Article 8

Presumably there is no practical difference between "experienced in the legal profession" in this Article and "working experience in the sphere of law" in Article 126.1 of the Constitution (English translation in document CDL (96) 52 of the European Commission for Democracy through Law)? There is no objection to this Article requiring a longer period (at least 15 years) than the Constitution (at least 5 years) because the latter stipulates a minimum, not a maximum.

Article 9

I believe that either variant is acceptable.

Article 11

- i) The first paragraph is questionable, especially if "crime" covers all breaches of the criminal law, however trivial (e.g., a minor driving offence). It is open to abuse by the organs of the Executive. At the very least, the President of the Constitutional Court and the President of the Supreme Court should be promptly notified of the arrest, along with the General Prosecutor.
- ii) In the second paragraph, if "may be removed from office" means that there is a discretion vested in the President and Milli Majlis to chose whether or not to remove from office a particular judge who is merely accused of (any) crime, it is highly undesirable and, indeed, it goes beyond what is provided for in the Constitution, Article 128 of which refers to judges who commit (not are accused of) crime.

It would be acceptable to provide that a judge who has been formally charged with a serious crime by the General Prosecutor shall not exercise his powers until the completion of the proceedings and his acquittal. This would have the advantage that neither the President nor the Milli Majlis would be involved in the matter.

- iii) In the fourth paragraph, why should sources of income other than his judicial salary (viz., those mentioned in Article 14) be cut off?

Article 12

In my opinion Variant D is very much the best method of demonstrating the independence of the court and its members.

Article 13

It is to be hoped that the power mentioned in the fourth indent is a power to compel the production of relevant documents. Such a power is essential if the court is to function effectively.

Article 18

- i) In order to avoid possible disputes there should be no ambiguity as to what is a session of the court for the purpose of paragraph 3).
- ii) Should the number of missed votes envisaged by paragraph 4) be stated?

Article 20

Experience in Western Europe in recent years has shown that the mass media have a definite potential for exercising indirect influence on the judiciary. Television and newspapers overtly engage in campaigns to achieve some goal which they claim is in the public interest. So concentrated are some of these campaigns that it is unreal to rely on all judges being immune to them. This Article is clearly intended to guard against such a situation. However,

care will have to be exercised in the actual enforcement of the Article so as to achieve balance with the freedoms guaranteed in Articles 47.1 and 50.11 of the Constitution, as well as the European Convention on Human Rights.

Article 23

Consideration might be given to setting out the circumstances in which the court may conduct sessions in camera - a matter governed by Article 127.VI of the Constitution.

Article 24

Where sessions of the court are held in camera, should there be an obligation to publish the documents considered at such a session? It is possible that the nature of the documents (perhaps confidential papers of the State or of business enterprises) would be the reason for holding the session in camera.

Article 39

While the restriction on those who may initiate proceedings which is embodied in Article 130.111 of the Constitution is noted, it is to be hoped that the court will utilise to the fullest possible extent its power to treat as interested subjects (and thereby give rights of intervention in the proceedings) "persons whose rights are affected" so as to take account of individual citizens who wish to seek the protection of the rights conferred by the Constitution and who otherwise cannot do so.

In this context one may also anticipate that the Supreme Court will avail itself of its rights under Article 130.111 to refer to the court important cases where an affected citizen would himself apply to the court if the possibility of doing so existed.

Article 50, last paragraph

It can be said that asking leading questions in non-contentious parts of a witness's evidence can save time!

Article 59, third indent

The doctrine of stare decisis which prevailed for many years in common law countries was abolished some years ago by the Irish Supreme Court (which is a constitutional court) and, subsequently, by the English House of Lords, and both of those courts are now prepared to reverse their previous decisions in a case of strict necessity, and have done so. The U.S. Supreme Court will also do so. No doubt the court will deal with this question when it comes to interpret "similar petition". It is noted that there is no corresponding provision in Articles 62, 65 or 68.

Article 79

This is an excellent provision.

Dublin

October 1996

14 OCTOBRE 1996

COMMENTAIRE DU PROJET DE LOI
DE LA REPUBLIQUE AZERBAÏDJANAISE
SUR LA COUR CONSTITUTIONNELLE*

A la date du présent commentaire, il reste peu de temps au Milli Medjlis de République azerbaïdjanaise pour instituer la Cour constitutionnelle de la République azerbaïdjanaise prévue par l'article 130 de la Constitution du 12 novembre 1995. L'article 11 des dispositions transitoires de la Constitution précise que la loi de la République azerbaïdjanaise sur la Cour constitutionnelle doit être adoptée et les juges nommés dans le délai d'un an à compter du jour de l'entrée en vigueur de la Constitution, c'est à dire de sa publication intervenue le 27 novembre 1995. Le présent commentaire se bornera donc à des remarques fondamentales.

1. La procédure de saisine de la Cour

La définition de la procédure de saisine de la Cour est un élément important non seulement pour son activité, mais aussi pour sa stabilité : il faut prêter une attention particulière à la saisine, qui risquerait d'imposer à la Cour une charge de travail qu'elle aurait du mal à assurer, et à celle qui risquerait de l'entraîner dans les conflits politiques. Afin de faciliter l'institutionnalisation de la Cour et sa réception dans l'ordre politique et juridique azerbaïdjanais, on peut ici s'appuyer sur les expériences étrangères, pour prévoir un accroissement progressif de la saisine (France) et prêter une attention particulière aux mode de saisine qui peuvent conduire à des conflits politiques avec le Président et mettre en danger l'existence même de la Cour (Russie, Kazakhstan).

* par Michel LESAGE, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Directeur de l'Institut de Recherches comparatives sur les Institutions et le Droit du C.N.R.S.

1) La saisine par une minorité parlementaire (art. 130 III de la Constitution)

En ce qui concerne la saisine parlementaire, l'article 130 III de la Constitution prévoit uniquement la saisine de la Cour constitutionnelle par le Milli Medjlis dans son ensemble, c'est à dire par une décision prise à la majorité des députés.

La Cour constitutionnelle peut jouer un rôle important dans l'établissement de l'Etat de droit et le renforcement de l'autorité du droit par la protection des droits d'un groupe de députés minoritaires au Parlement. Saisie par un groupe de députés, par exemple 25 députés, la décision de la Cour permettrait d'éviter qu'un conflit politique sur l'opportunité de l'adoption d'un acte juridique ne se transforme en un doute sur la conformité au droit. Ainsi, en France, la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 de la Constitution de 1958 a accordé le droit de saisir le Conseil constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs. Dès son adoption, la Constitution de la Fédération de Russie du 12 décembre 1993 a donné le droit de saisir la Cour constitutionnelle à un cinquième des membres du Conseil de la Fédération ou un cinquième des députés à la Douma d'Etat.

Comme les titulaires du droit de saisir la Cour constitutionnelle sont définis par l'article 130 III de la Constitution, l'adjonction d'une nouvelle catégorie ne peut, à notre avis, se faire que par une loi constitutionnelle modifiant cet article de la Constitution (cf. 3).

2) La saisine par les citoyens (art. 130 III de la Constitution)

La même question se pose pour la saisine de la Cour par les citoyens qui estiment que leurs droits et libertés constitutionnels ont été violés par des actes juridiques dont la vérification de la constitutionnalité relève de la compétence de la Cour.

Pour décider de l'opportunité d'introduire dès maintenant un tel mode de saisine, il serait sans doute souhaitable d'évaluer d'abord le risque pour la Cour d'être saisie d'un trop grand nombre de recours.

Mais comme l'article 130 III de la Constitution prévoit la saisine de la Cour constitutionnelle par la Cour suprême, il ne serait pas ici nécessaire d'utiliser la procédure de la loi constitutionnelle. La loi sur la Cour constitutionnelle peut certainement introduire dans la procédure judiciaire une exception d'inconstitutionnalité. Dans une affaire concrète, le tribunal pourrait alors surseoir à l'application d'un acte juridique dont la constitutionnalité est contestée par une partie jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle ait statué.

3) L'initiative des juges dans la procédure de destitution du Président (art. 74 du projet de loi)

L'article 74 du projet de loi accorde aux juges à la Cour constitutionnelle un pouvoir d'initiative dans la procédure de destitution du Président qui est tout à fait aberrant: au lieu de protéger la Cour, cet article la plonge directement dans les polémiques politiques.

1°. Si la Cour peut se saisir elle-même, la partie de l'opinion publique qui conteste les actes du Président peut directement mettre en cause la responsabilité de la Cour en lui reprochant de ne pas agir. Une Cour constitutionnelle ne peut pas être une superprokuratura constitutionnelle. Le rôle des juges est de juger et non d'engager des procédures. Il doit donc être limité à se prononcer sur les questions qui lui sont soumises

2° L'expérience de la Cour constitutionnelle de Russie sous la présidence de V. Zorkine a montré qu'en ces matières l'appréciation a toujours un caractère politique et qu'il faut donc limiter la compétence du juge au jugement, en excluant toute participation à l'initiative, afin de réduire les risques de conflits politiques.

2. La composition de la Cour

1. La durée du mandat des juges (art. 9 du projet de loi)

En ce qui concerne la durée du mandat du juge, la différence essentielle entre les deux variantes A et B de l'article 9 de la loi dépend de l'âge du juge au moment de sa nomination. Nommé à l'âge de 60 ans, il restera en fonctions dans les deux cas pendant 15 ans qui correspondent, dans la variante A, directement à la durée fixée de son mandat et, dans la variante B, à la période qui le sépare de l'âge de la retraite. Au contraire, s'il est âgé de 40 ans, il restera en fonctions 15 ans dans la variante A et 35 ans dans la variante B.

S'il est certainement souhaitable que le juge reste en fonction une durée minimale¹, au contraire une durée trop longue peut être un inconvénient pour l'adaptabilité de

¹ En Europe occidentale, la durée du mandat est de 9 ans pour les juges à la Cour constitutionnelle italienne, au tribunal constitutionnel espagnol et au Conseil constitutionnel français, de 12 pour le Tribunal constitutionnel allemand et de 6 pour le tribunal constitutionnel portugais et jusqu'à l'âge de 70 ans pour les juges à la Cour constitutionnelle autrichienne et à la Cour d'arbitrage belge. En Europe centrale et balte, les juges sont nommés pour un mandat de 7 ans en Slovaquie, de 8 ans en Pologne et en Croatie, de 9 ans non renouvelable en Bulgarie, Roumanie, Slovénie, Macédoine, Lituanie et renouvelable une fois en Hongrie, de 10 ans en République tchèque. La Cour est renouvelable en Pologne par moitié tous les quatre ans et en Bulgarie, Roumanie et Lituanie par tiers tous les trois ans.

l'institution. Si l'on veut nommer des juges relativement jeunes, il serait donc préférable de choisir la variante A. Mais, avant de choisir l'une des deux variantes, il serait sans doute souhaitable de faire un exercice de simulation: dresser la liste des juristes de la République azerbaïdjanaise, répondant aux conditions de l'article 8 de la loi, que le Président de la République pourrait nommer, et qui paraissent susceptibles de recueillir l'approbation du Milli Medjlis et examiner, sur la base de leur âge, quelle serait la durée de leur mandat.

2. Le mode de désignation du Président de la Cour (art 12 du projet de loi)

Quel que soit la durée du mandat des juges, la composition de la Cour variera. Il est donc important de limiter la durée du mandat du Président et du vice-président, par exemple à 3 ans, afin de pouvoir tenir compte à période régulière de la composition de la Cour dans le choix du Président.

Pour assurer à la Cour constitutionnelle le maximum d'indépendance, comme la Cour est composée de juges qui ont la double confiance, à la fois du Président de République azerbaïdjanaise et du Milli Medjlis, on peut penser qu'il est légitime de préférer la variante D, c'est à dire de laisser aux juges eux-mêmes le choix du Président et vice-président pour un mandat à durée limitée mais renouvelable.

La variante A paraît la plus mauvaise. Toute institution est symbolisée par son Président, et un symbole qui change tous les ans n'en est plus un.

Les variantes B et C présentent un grave inconvénient politique: le risque pour le Président de voir son choix désavoué publiquement soit par le Milli Medjlis (variante B), soit par les juges à la Cour (variante C). Ces arguments confortent donc la préférence en faveur de la variante D.

3. La question de la modification de l'article 130 de la Constitution

Les titulaires du droit de saisir la Cour constitutionnelle sont définis par l'article 130 III de la Constitution. L'adjonction d'une nouvelle catégorie impose donc de compléter l'article 130 III par la procédure de la loi constitutionnelle prévue par l'article 156 de la Constitution, c'est à dire l'adoption par le Milli Medjlis, à la majorité de 95 voix, après mises aux voix au Milli Medjlis de la République azerbaïdjanaise à deux reprises, le second scrutin ayant lieu 6 mois après le premier scrutin et, dans les deux cas, avec l'accord du Président (art. 156 « La procédure d'adoption des compléments à la Constitution de la République azerbaïdjanaise »).

Comme l'article 11 des dispositions transitoires de la Constitution qui fixe un délai d'un an pour l'adoption de la loi de la République azerbaïdjanaise sur la Cour constitutionnelle ne concerne que celle-ci et nullement une éventuelle adjonction à l'article 130 III de la Constitution, les deux opérations peuvent être séparées dans le temps.

Si une procédure de révision de l'article 130 III de la Constitution est engagée pour élargir la saisine de la Cour, on peut se demander s'il ne serait pas alors opportun de l'utiliser également pour ajouter à l'article 130 II les dispositions fondamentales relatives à la durée du mandat des juges et au mode d'élection du Président et du vice-président.