

PROBLEMS OF CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT



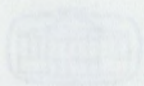
EDITED BY
ATTILA RÁCZ

PROBLEMS OF CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT

Essays in Memory of

Professor

ISTVÁN KOVÁCS



KÖZVETLEN KIADÓ, BUDAPEST 1982

Editorial Board

JÓZSEF HALÁSZ

VILMOS PESCHKA

ATTILA HARMATHY

ZOLTÁN PÉTERI

LAJOS LŐRINCZ

ATTILA RÁCZ

Institute for Legal and Administrative Sciences
of the Hungarian Academy of Sciences
Budapest, Hungary

21830

PROBLEMS OF CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT

Essays in Memory of
Professor
ISTVÁN KOVÁCS

Edited by

ATTILA RÁCZ

MTAK



AKADÉMIAI KIADÓ, BUDAPEST 1993

694715

Hungarian contributions translated by
Edit Konrád, Zoltán Péteri, Miklós Udvaros

Translation revised by

Mária Káldor (German), Tamás Vida (French), Neil R. Thurston (English)

MAGYAR
TUDOMÁNYOS AKADÉMIA
KÖNYVTÁRA

ISBN 963 05 6543 9

© Attila Rácz (editor), 1993

© Translation — Edit Konrád, Zoltán Péteri, Miklós Udvaros, 1993

All rights reserved. No part of this book may be reproduced by any means,
or transmitted or translated into machine language
without the written permission of the publisher.

Akadémiai Kiadó, H-1519 Budapest, P.O. Box 245

Printed in Hungary by Akadémiai Kiadó és Nyomda Vállalat, Budapest

M. TUD. AKADÉMIA KÖNYVTÁRA

Könyvtár 6053./19 93. SZ.

Contents

Authors	7
Foreword by Géza Herczegh	9
John N. Hazard: Might Montesquieu's 'Separation of Powers' Facilitate Constitutional Reform in Eastern Europe?	13
Sylwester Zawadzki: The New Constitutional Definition of Polish Statehood	25
Zoltán Péteri: Vergleichende und historische Aspekte der Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn	37
Pavle Nikolić: Le gouvernement d'assemblée et la démocratie	51
József Halász: Le statut du chef de l'Etat dans les pays d'Europe centrale dans les années 1989-1990	63
Adam Łopatka: The Courts — the Third Power	75
Hanna Bokor-Szegő: International Protection of Human Rights and Domestic Law	83
Thomas Fleiner-Gerster: La signification de la protection des minorités dans la Constitution et le droit	95
Tore Modeen: La force juridique des droits ethniques — expériences finlandaises	109
Salvador Maria Lozada: Military Dictatorship and the Law in Third World Countries	117
András Szabó: Relations between Constitutional and Criminal Law Systems	123
Lajos Lőrincz: Permanence and Change in Public Administration	135
Janusz Łętowski: Problèmes d'administration en Pologne	145
Lajos Ficzer: Constitution — Government — Economy	157
Attila Rácz: Enforcement of the Law and Public Administration	173
Heinz Schäffer: Das österreichische Verwaltungsverfahren. Eine Kodifikation für Rechtsstaat und moderne Verwaltungsführung	189
Erwin Melichar: Die staatliche Forschungsförderung in Österreich	209



Professor ISTVÁN KOVÁCS
(1921–1990)

Author's Preface	7
John A. Palmer: Introduction	9
Schönke Zsolt: Introduction	13
Paula Sándor: Introduction	25
Paula Sándor: Introduction	37
Paula Sándor: Introduction	51
Paula Sándor: Introduction	61
Paula Sándor: Introduction	75
Paula Sándor: Introduction	83
Paula Sándor: Introduction	93
Paula Sándor: Introduction	109
Schönke Zsolt: Introduction	117
András Székely: Introduction	123
László László: Introduction	135
László László: Introduction	145
László László: Introduction	157
László László: Introduction	173
László László: Introduction	189
László László: Introduction	209

Authors

- Bokor-Szegő, Hanna* Professor, Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest
- Ficzere, Lajos* Professor, Eötvös Loránd University, Budapest
- Fleiner-Gerster, Thomas* Professor, Fribourg University
- Halász, József* Professor, Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest
- Hazard, John N.* Professor, Columbia University, New York; former President of the International Academy of Comparative Law
- Herczegh, Géza* Professor, Janus Pannonius University, Pécs; Vice-President of the Hungarian Constitutional Court, Budapest
- Łętowski, Janusz* Professor, Institute for Legal and Administrative Sciences of the Polish Academy of Sciences, Warsaw
- Lopatka, Adam* Professor, Institute for Legal and Administrative Sciences of the Polish Academy of Sciences, Warsaw; former President of the Polish Supreme Court
- Lőrincz, Lajos* Professor, Budapest School of Public Administration; Vice-President of the International Institute of Administrative Sciences
- Lozada, Salvador Maria* Professor, Constitutional Law Institute, Buenos Aires; First Vice-President of the International Association of Constitutional Law
- Melichar, Erwin* Professor, Vienna University; former President of the Austrian Constitutional Court
- Modeen, Tore* Professor, Helsinki University
- Nikolić, Pavle* Professor, Belgrade University; Secretary General of the International Association of Constitutional Law

<i>Péteri, Zoltán</i>	Professor, Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest
<i>Rácz, Attila</i>	Professor, Budapest School of Public Administration
<i>Schäffer, Heinz</i>	Professor, Salzburg University
<i>Szabó, András</i>	Professor, József Attila University, Szeged; Judge of the Hungarian Constitutional Court, Budapest
<i>Zawadzki, Sylwester</i>	Professor, Warsaw University

Foreword

Sometimes with a certain respect, sometimes with a slight irony the Hungarians are called a nation of jurists. This happens because jurists play a greater than average role in Hungarian public life, moreover in deciding various matters legal arguments carry more weight than in other countries. This seemingly characteristic social phenomenon obviously has several causes. I will mention only a few of them. In Hungarian society the so-called lower nobility was always greater in number than the bourgeoisie. In 1848, at the time of the abolition of feudal privileges about 5% of the population was "noble", in other words: every twentieth man. Among the European nations a bigger proportion could be found only in Poland. The ideology of the numerous lower nobility was expounded by István Werbőczy, a judge of the High Court, who talking about the "*una eademque nobilitas*" declared at the beginning of the 16th century that aristocrats and members of lower nobility possessed the same rights, i.e. they were equal in law. From the aspect of social realities this was indeed a fiction, but for many middle ranking and minor noblemen it gave the opportunity to acquire a more favourable social position than was appropriate to the property they held. In this way they obtained more and more political influence, which contributed essentially to the spread of legal thinking in Hungary.

However, it is not the structure of Hungarian society, but the situation of the whole nation which explains why this often mentioned juristic mentality acquired a powerful "public law" colour. In the course of the 16th century Hungary was divided between the House of Hapsburg and the Ottoman Empire (Poland was not the only "partitioned country" in the history of Central Europe). Due to this partition the independence of the country was lost and could not be recovered completely even after the Hapsburgs succeeded in driving the Turks from Hungary. The Act of 1723 named Pragmatica Sanctio declared that Hungary had to be governed according to its own laws and customs — in other words, it declared the independence of the nation — but at the same time the Act contained a provision that Hungary and the other provinces of the Hapsburg House belonged "*indivisibiliter ac inseparabiliter*" together. Consequently, the interests of Hungary were often subordinated to the interests of the more populous and more wealthy provinces of the Hapsburg Empire. The difference between the legal and the real situation of the country — often appearing contradictory — permanently fostered public law disputes.

Hungarian jurists of the past ages had obstinately defended the autonomy of the country and its "Constitution", namely that the king could legislate, recruit soldiers and levy taxes only with the consent of the Estates. The powers of the feudal parliament (assembly of estates) enabled Hungary to transform itself in 1848 to a bourgeois state in a relatively short time and to play a key role in the transformation of the Hapsburg Empire too. However, this transformation was neither complete nor consequent. The building of parliamentary democracy was not finished and between the two world wars the Hungarian "Kingdom without a king" had to face very grave social and economic problems. It became involved in World War II with the burden of all these unsolved conflicts and had to face the end of the war as a defeated nation, an end beyond the worst nightmares.

For the reader only partially informed about Hungarian history it is perhaps not superfluous to call attention to these facts when he takes in his hands a volume honouring István Kovács, an outstanding professor of constitutional law and member of the Hungarian Academy of Sciences. His colleagues abroad and at the Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences originally intended to publish this volume of studies, written between 1989 and 1990, for his 70th birthday, but due to his death on November 29, 1990, it has become a memorial volume of a completely finished, scholarly oeuvre. This oeuvre and his career in its individuality summarizes and at the same time reflects the challenges which Hungarian constitutional lawyers had to face during the past half century, to uncover the obstacles, hindering the formulation of proper answers. Meanwhile — I think — it demonstrates the ability of the Hungarian jurists to find opportunities for renewal even in seemingly hopeless situations.

István Kovács was born in 1921 at Nyírbátor, a small town in Eastern Hungary. Neither the town, nor its neighborhood can be regarded as wealthy, but here we can find a church built at the end of the 15th century as a memorial to a triumphant battle of István Báthori, governor of Transylvania. Its noble proportions make it the finest gothic architectural monument on the Hungarian Plains. István Kovács completed his university studies at the Faculty of Law of Debrecen University (in the city which was the temporary capital of Hungary in 1848–49, during the war of independence and the centre of Hungarian Calvinism) in the years of World War II, when the fight against fascism and Nazi influence lay in the elementary interests of Hungarian youth as it would have been in our interest to maintain the neutrality of the country, or — when in this respect we failed — to conclude a separate peace. István Kovács, as a young law student, felt the danger and searched for a way out of the troubles. He was one of the organizers, later leaders of the democratic student organisation operating in a more and more difficult situation at Debrecen University. From March 19, 1944 the country was under German occupation, from the autumn of that year it became a battlefield for more than half a year, resulting terrible losses of both human life and property. István Kovács' views became more radical. He acted as an official of the Provisional National Government in Debrecen and later as deputy-lieutenant of Veszprém County in the Western part of Hungary of a very early age. A quick career is not always a success, but a trap as well and in some cases it really brought danger. The end of the war brought no freedom for Hungary. The state system burdened with several outdated institutions was replaced by a Stalinist type of party state, another

dictatorship. Under these circumstances political activity very soon became deadly dangerous for those who did not belong to the clique of returnees from Moscow and at the same time were not unimportant enough to survive the showdown. Several members of the Hungarian left who had participated in the anti-nazi resistance movement ended their lives tragically under the dictatorship of Mátyás Rákosi. István Kovács, however, succeeded in withdrawing to the pasture of scholarship. The use of the word "withdrawal" is of course not quite appropriate, we should rather say that he found the most suitable field for his frame of mind and his interests in the scientific research of constitutional law. Very soon he became one of the leading personalities in this field of jurisprudence. In 1950 he received an invitation to teach constitutional law at the Faculty of Laws of Szeged University, and parallel with this task, from the next year he became deputy director, then from 1981 director of the Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences. In 1954 Professor István Kovács received a master's degree in legal sciences, in 1962 he was declared a Doctor of Legal Sciences, in 1965 he was elected a corresponding member of the Hungarian Academy of Sciences, eleven years later, in 1976 he became a member of the Academy. A generation separated him from the doyen of Hungarian public law in those years, Professor László Buza, who was much older and at the same time of a very different character, nevertheless, a mutual sympathy and respect connected them as a sign of the continuity of Hungarian public law thinking.

Several university textbooks, numerous volumes of essays, editorial work on periodicals and scholarly organizational activity supplemented and completed his theoretical research, but we also cannot ignore his very important but unpublished memoranda. The time, this implacable reviewer, will certainly sort out this extensive oeuvre, but it will probably consist of much more than the superficial reader could take in at a first glance. The reader, who would justly object to some apologetic sentences concerning the law of the then existing party state, after some pages or even some lines later would be surprised to find carefully hidden, but very bold statements in the works of István Kovács. The times and circumstances often forced him to accept compromises, without them he would not have the opportunity to draw conclusions which remain valid and effective until today. It is true, that for every mild change of political wind, for every political opening he had some draft programme available. He tried to build the missing guarantees into the regulations and institutions of the efforts at reform. Sad to say, he could not always assert his views, his proposals were often ignored or only partially accepted. It is appropriate to say of him, too, the proverb originated from a Transylvanian politician in the 17th century: "Certainly we knew what we should have done, but finally we did what we could".

What he did, was quite remarkable. He influenced people inside and outside the country. He educated a long line of students who have ever since continued the work in a constructive way. He was a personality who created school and a respected scholar of international stature. The International Academy of Comparative Law and the International Academy of Constitutional Law elected him to be regular member, he was Vice-President of the International Institute of Administrative Sciences and an Executive Committee Member of the International Association of Constitutional Law.

The author of these lines is not a scholar of constitutional law. He cannot undertake a critical evaluation of the scholarly works of István Kovács. He confines himself only to personal impressions acquired during the years spent in the Institute for Legal and Administrative Sciences led by István Kovács. First of all his openness, his readiness to debate and his lively and creative restlessness should be emphasized. István Kovács searched for the opportunity of creative work during a period which was not much known for permanent and durable values at all, for guarantees against tyranny and narrow-mindedness. He looked for guarantees of the rule of law (Rechtsstaat) and respect for human rights and fundamental freedoms on a comparative basis and on the basis of the rich Hungarian legal tradition of former centuries. Those who have recently made efforts in Eastern and Central Europe to establish and to develop a state based on the rule of law — and those, who are interested in these efforts in other parts of the world — may find interesting ideas and valuable experiences in the works of István Kovács.

Budapest, June 1991

Géza Herczegh

Might Montesquieu's 'Separation of Powers' Facilitate Constitutional Reform in Eastern Europe?

JOHN N. HAZARD

Citizens of many lands report their search for new governmental structures to strengthen the sovereignty of the people in societies embarked upon constitutional reform. A Soviet jurist characterized *perestroika* as envisaging just such a search. In his words, its proponents seek the "development of a genuine socialist sovereignty of the people, a strengthening of the power of the people through the people themselves".¹ Some Eastern Europeans are currently suggesting that perhaps it is time to move toward a political structure incorporating "checks and balances", perhaps even the introduction of Montesquieu's formula designed to foster "people's power".

In an essay designed to honor the noted comparatist, Professor István Kovács, it may be appropriate to explore the possibility of satisfying current aspirations through study of the application over two centuries in the United States of America of Montesquieu's concept. It was in the fledgling United States that the Constitutional Congress of 1787 decided to pioneer with a political experiment which many thought daring.

Perhaps it needs saying at the outset that the experiment introduced at Philadelphia has sometimes been misunderstood. James Madison, one of the "framers" of the constitution thought it necessary to explain his proposal to doubters. To counter his critics' argument that "separation of powers" would create impotent government, he wrote in his newspaper, *The Federalist* (No. 47) that "the legislative, executive and judiciary departments are by no means totally separate and distinct from each other". Critics feared that checks and balances would hamper the strong leaders thought necessary to overcome the raging conflict between the various leaders of the thirteen states forming the federation.

Nearly two centuries later, the Supreme Court of the United States thought it necessary to repeat Madison's characterization.² The justices did so by using the words of Woodrow Wilson, written in 1908 shortly before his election to the Presidency of the Republic. Wilson's words, adopted by the justices, were: "Government is not a machine, but a living thing. It falls not under the theory of the universe, but under the theory of organic life. It is accountable to Darwin, not to Newton. It is . . . shaped in its function by the sheer pressure of life. No living thing can have organs offset against each other as checks and live".³

Wilson may have had reason to regret his support for the "separation of

powers" concept some years later when he as President was unsuccessful in persuading the Senate to consent to the entry of the United States into the League of Nations. Wilson's dream of a world organization designed to keep the peace after the world war was "checked" by the legislative branch. Be that as it may, Wilson showed himself a strong partisan of "people's power" working within a system of checks and balances.

Constitutional lawyers of the present time repeat Madison's and Wilson's analysis. They find blurred the lines drawn between the constitutional competence of legislature, executive and judiciary. Lawrence Tribe, probably the most influential authority on constitutional law in the United States today, has reaffirmed his faith in Montesquieu's concept. He writes, "No complex society can have its centers of power *not* 'offset against each other as checks' and resist tyranny". Yet, he shares with his predecessors appreciation that to avoid stagnation in government the checks must be applied with flexibility. He anticipates no final resolution, even with the implementation of Montesquieu's concept, of the dilemma posed by the pursuit of both progress and justice.⁴

The student of American politics in examining the two-century history of the application of Montesquieu's formula for accommodating the dual goals of progress and justice cannot but be impressed by the fact that legislators, executives and judges understand that the three branches cannot be wholly separate. They are interdependent. The Supreme Court has said, "separation of powers . . . did not make each branch autonomous . . . but left each . . . dependent upon the others".⁵ In many situations the constitution requires that at least two branches cooperate before action can be taken. Thus no law can become effective after enactment by the legislature until the executive accepts it, although a veto may be overridden by a subsequent vote of the legislature carried by an increased majority. Further, no law can be enforced unless the judiciary and the executive cooperate, for the executive alone commands the police and the army.

Since the executive, in the person of the President, has become increasingly the initiator of policy, it is the executive whose abuse of power is feared by the public. Of course, no citizen familiar with the important role played by the President in performing his role as initiator and executor of policy would deny him the right to perform these two functions. His initiative is imperative, for without it stagnation could result. Even the state budget, for the enactment of which the House of Representatives has constitutional responsibility, is traditionally drafted by the executive and presented to the legislature for consideration, alteration and eventual enactment into law. Political analysts now say that the President in performing his dual function is both "clerk" and "leader".⁶

In spite of recognition of the President's leadership role the public insists upon recognition of its right to present its views forcefully to the executive, either through the press free of the executive's influence, or by petition in written or oral form. If presentation of views brings none of the desired reform, the public turns to the legislature. Lobbying of Congressmen and Senators begins. Members of the legislature's two Chambers dare not refuse to receive callers, lest they antagonize voters in the next election. In addition, their committees must hold "hearings" open to the public when drafting legislation. Consequently both legislative and executive branches can be approached by the people who rely upon their constitu-

tionally guaranteed right of expression of views to influence government between elections.

The concept of "separation of powers" provides the public with an institutional guarantee that the right of expression will not be denied, for the judiciary stands as the ultimate protector of the Bill of Rights. The Supreme Court, as the tribunal of last resort, has fixed itself mystically in the hearts of citizens because of its performance of the "checking" role over two centuries. Yet, even the courts are not totally "independent". No federal judge can take a seat in a court unless nominated by the executive and "confirmed" by the legislative branch.

Rejection by the Senate of President Ronald Reagan's nominations to the Supreme Court has dramatized the interdependence of the three branches of government at the moment of judicial appointment. After ascending the bench, the judges are free of outside influence, being appointed for life and protected against recall unless impeached by the House of Representatives and convicted by the Senate of "Treason, Bribery, or other High Crimes and Misdemeanors".⁷ The impeachment procedure has been used rarely against judges, usually on charges of accepting bribes. History has proved that judges sense their independence, although critics have argued that the executive may have an influence on judicial thinking because judges are usually nominated by the executive, because their thinking conforms to that of the President.

During the Presidency of Ronald Reagan, the Senate rejected some of his nominees because Senators feared that his nominees were exceptionally strongly influenced by his ideological bias on certain themes, notably the matter of abortion. Yet, Presidential terms end. Currently, under constitutional amendment, no individual may serve more than eight years. One President who tried to influence the court quickly during the term, namely Franklin D. Roosevelt, in the hope of obtaining approval of his "New Deal" legislation, was thwarted in his attempt to enlarge the Court so as to permit him to nominate several judges friendly to his policies. The public, regardless of political party affiliation, rose in wrath against the plan, which was called "court packing". Roosevelt was forced to abandon it.

This experience of a very popular executive proved that a vigilant and determined citizenry, functioning through the instruments of expression guaranteed by the constitution, can and does limit the power of an executive and of the legislature upon the judicial appointment process. Formal insulation of judges from pressures does not mean that they ignore trends in society around them after they have been seated. History has proved that as circumstances change judicial interpretation has changed. Thus, when the social role of the cinema changed, so did the Supreme Court's attitude toward censorship change. At the outset, when the public saw the cinema as no more than a money-making business, the Court was lenient with state legislatures enacting legislation to limit its programming. Later, when it became evident that the cinema, like the press, had become an influential medium of expression, the Court set a demanding standard similar to that for the press to assure that censorship by local authorities would not hamper the expression of points of view unless social morality was threatened.⁸

So also the Supreme Court changed its interpretation of the constitution's requirement that citizens be treated equally. The issue was raised in 1896 over segregation of black and white children in the public schools. The Court at that

time determined that "equality" required no mingling of the races but only that the education offered in segregated schools be of the same quality.⁹ In 1954 the issue was raised again with the argument that a black child was disadvantaged educationally if denied the right to study in classrooms with white children. Sociological research supported this view. The Court accepted the argument and reversed its prior decision, requiring that segregation in education cease.¹⁰

While the executive was feared by the former British colonies in the XVIIIth Century because of experience with the British King, it was not the only branch of government deemed potentially dictatorial. James Madison warned in *The Federalist* (No. 48) that in the experience of the States in the interval between independence and the Constitutional Congress, it had been the State legislatures rather than the Governors which were the sources of despotism. His colleague, Alexander Hamilton of New York, was also fearful of what he called "legislative tyranny". Hamilton's proposal to cure this evil was creation of an energetic executive. Even Thomas Jefferson, who had eloquently expounded in the Declaration of Independence the people's role, shared this view, until he concluded that the executive was becoming dominated by Hamilton as Secretary of the Treasury.¹¹ Generally, the "framers" of the constitution were as worried about legislatures as they were about executives. They anticipated that they could be swayed by demagogues and appeals to passion.

A noted example of legislative initiative induced by popular passion emerged as the Communist Party of the United States was increasingly perceived by the public to be subversive of the American system of government. Influenced by such fears, the Congress enacted the Smith Act of 1940¹² to curb the Party. The public was enraged and frightened when members of the Party attended a meeting of the Communist International in the U.S.S.R. in 1935 in what was perceived to be a violation of the Roosevelt-Litvinov agreement of 1933. The President thought that his counterpart was accepting a limitation on relations between the Communist Party of the Soviet Union and that of the United States. When this proved not to be the Soviet Government's interpretation of the agreement, Congress acted to declare as unlawful the organization of a group encouraging the overthrow of the Government of the United States by force.

The Attorney General, as the executive's legal officer, commenced prosecution of the officers of the Communist Party of the United States in 1948, following the end of World War II, as the public began to perceive that the wartime alliance between the United States and the U.S.S.R. no longer influenced Stalin's policies. The officers resisted prosecution by arguing constitutionally protected rights, but the federal court of first instance held that the evidence presented supported the charge that the officers were advocating "revolution". The conviction was upheld by the federal Court of Appeals, and the matter finally reached the Supreme Court.

The Supreme Court in the noted case of *Dennis et al. versus United States*¹³ held the Smith Act to be constitutional in that it violated nothing in the constitution to prosecute individuals conspiring to overthrow the government by force. To reach its decision the justices heard arguments from the Party's lawyers that the Smith Act created a limitation on the right to form political parties. The argument was arresting because of the status of constitutional law at the time on political parties.

It happens that the constitution says nothing about political parties, perhaps because it was assumed in 1787 that since there were political parties in England, they would emerge in the new United States. No test of this position came for decades until the right of association was contested in the State of Michigan in 1889.¹⁴ The Michigan case did not concern political association but the court in a broadly worded opinion found that the right of non-business association had existed before the revolution in English common law, and it could be presumed to have survived in Michigan which had adopted English law as it existed prior to American revolution as the basis of the State's law.

The Michigan interpretation of the right of association was extended by a 1934 decision in the State of Texas, and this case was specifically related to the right of association in a political party.¹⁵ The Texas Supreme Court concluded that the right to petition granted by the constitution was sufficient reason to conclude that citizens have a constitutional right to associate for political ends as well as for other non-business purposes.

No one had challenged the right to form a political party in the years following the Texas decision. The matter had never been taken to the Supreme Court of the United States. In light of judicial history in the State courts, the right seemed to be perceived by the public as unquestionable, not only because of the right to petition but because the First Amendment to the constitution guaranteed the right to assemble, to speak and to publish in the press.

Due to this judicial history the Supreme Court in the *Dennis case* saw no reason even to pass upon the right of citizens to form a political party, even the Communist Party. The Court devoted its attention only to a determination of whether a group of citizens, whether organized as a Party or as an independent conspiracy might seek overthrow of the government by force. The justices agreed that the right to protect the state against revolutionary action was unquestionable.

Had the matter rested at that point, there would have been little further judicial concern with the activities of the Communist Party, but events transpired to stimulate the legislature to take further measures against the Party. The so-called "Cold War" began, and the public and its representatives became frightened of the possibly subversive potential of the Communist Party. Two laws were passed: the Internal Security Act of 1950,¹⁶ and the Communist Control Act of 1954.¹⁷ The latter opened with a preamble in which the legislators declared that "although purportedly a political party, it is in fact a conspiracy to overthrow the Government of the United States".

The preamble was an effort to circumvent the historical evolution of a guarantee of the right to form a political party by declaring the Communist association no such thing. Under a Rousseau-type theory that the legislature represents the general will of the people and cannot be challenged in its findings, the declaration, seemingly, could not have been questioned by another branch of government. But, under the "separation of powers" structure incorporated in the United States constitution an avenue of appeal was open. The Party could and did challenge as unconstitutional the Act's denial of "all rights, privileges, and immunities attendant upon legal bodies created under the jurisdiction of the laws of the United States".

The onerous provision of the Act from the Communist Party's viewpoint was

the requirement that the Party "register". The consequences of registration were several, limiting the activities of the Party as an entity and of its members individually.

Before the consequences could follow, the Party had to "register"; and this it refused to do. The Attorney General brought action to require it to do so. The registration statement required that the Party file reports containing the names and addresses of officers and members, a statement of accounts with a declaration of sources of funds and of purposes of expenditure. The Party argued that such disclosures were unconstitutional as were the prohibitions placed by Act upon members: no employment of members in non-elective United States government positions; no issuance of passports to members and no naturalization of foreign members unless the applicant offered proof of lack of knowledge of the subversive character of the Party; no employment by a trade union or election to office in such a trade union.

When the requirement of registration and its consequences came before the Supreme Court, it rejected the Party's argument that the legislation was so restrictive as to amount to "outlawry" of the Party as a political institution. Although one of the justices agreed that the Act was too restrictive, the majority restricted its attention to "registration", and found it constitutional and appropriately applied in view of the finding of the Administrative Board charged with the registration.¹⁸

The Party was not silenced. Its lawyers proceeded to argue against the Act's requirement of registration of members on the ground that in view of the penalties attaching after registration, the registration of a member in effect would be an admission of "criminality". The Party argued that to force a member to declare his criminality by registering constituted a violation of the constitution's Fifth Amendment prohibiting "self-incrimination". The Court accepted this argument and declared the registration of members unconstitutional.¹⁹ After this decision the Attorney General decided that prosecution should be dropped, and the Party resumed its traditional political life, holding congresses and presenting candidates for elective office.

The judicial branch is seen in this decision to have nullified the efforts of the legislative and executive branches to hamper, if not terminate, the activities of the Communist Party of the United States. The Court added, however, an unusual remark of no importance to the decision, but a hint as to what it might do under different circumstances. The judges wrote that a political party of the future proven to be agent of a foreign power could not rely upon the present decision as a permit to function constitutionally.

Of more recent years the public's attention has turned to the powers of the Presidency in relation to those of the Congress. Unlike the parliamentary system where the legislature and the executive are always dominated by the same political party, the Presidential system functioning under separation of powers can at times present a serious block to swift action when different political parties or different factions of a dominant party control each of the two branches of government.

So long as the two branches were controlled by the Democratic Party, as was the case for twenty years under Presidents Roosevelt and Truman, interest in the separation of powers faded away among scholars. One of these specialists in

constitutional law who completed his legal education during that period has recently written, "When I was in law school, separation of powers was a dead subject. Now, we've seen it come alive as case after case has come to the Court".²⁰

This scholar notes that today in the United States there is more struggle over who is in charge than was the case when one party controlled both branches. He finds that the Congress, under control of the Democratic Party, has programs which they want to see implemented, but they have to consign implementation to the executive branch, controlled by the Republicans, and these executives are not so eager to implement programs favored by the Democrats. He adds wryly that the checks and balances are very evident in the current workings but at a major cost of efficiency, even though the conflict is exactly what the separation of powers structure was designed to effect, as Madison described it in *The Federalist*.

Perhaps the conflict is exacerbated, so he says, because all three branches of government have become enlarged and, therefore, bureaucratized. Today the Congressional Committees employ thousands; the judges have been increased in number and authorized to employ numerous legal clerks, and the executive staff is so large that reorganizations are repeatedly instituted in an attempt to improve executive efficiency.

One of the major areas of conflict between executive and legislative branches is the conduct of foreign affairs. Professor Tribe has characterized the source of conflict thus: "While it may be symbolically correct to say that the President is the sole national 'actor' in foreign affairs, it is not accurate to label the President as the sole national policy maker".²¹ He notes that Article II, paragraph 3 of the constitution gives the President the power by and with the consent of the Senate to make treaties, provided two thirds of the Senators present concur, and to nominate and appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls with similar Senatorial concurrence, and to receive Ambassadors and other public Ministers. It also makes the President the Commander in Chief of the Army and Navy. The President's foreign relations power is checked by the Congress, for only the Congress may appropriate money to implement the treaties and agreements negotiated by the President.

When appropriating monies the Congress may condition the appropriation, as when it requires the President to terminate foreign aid to "the government of any country (that) has nationalized or seized property owned by any United States citizen without providing the speedy compensation required by international law".²² Refusal to appropriate moneys to meet the policy desires of President Reagan in aid of the "contras" in Nicaragua led to the executive's effort to circumvent the refusal by obtaining moneys from foreign governments through secret agreements. The world now knows the details as a result of the prosecution of Colonel North for his role in the secret operation.

Attempts to conceal from the Congress the role of the executive in various activities have led to actions brought by the Congress against officials of the executive department who have refused to open their files to Congressional inspection. Their attempted defense has been a claim of "executive privilege". Professor Tribe notes that "executive privilege" is not mentioned in the constitution, nor is it referred to in the record of debates among the "framers" of the constitution at Philadelphia in 1787.²³

The Supreme Court was called upon to pronounce upon the constitutional legality of an assertion of executive privilege in what has become the notorious case of *United States versus Nixon*.²⁴ The court reviewed decisions considered to be precedents. In 1948 the Court had said,²⁵ "The President has available intelligence sources whose reports are not and ought not to be published to the world". Later in 1953 the Court said in another case,²⁶ "the privilege of revealing military secrets ... is well established in the law of evidence". The judges noted that President George Washington and his successors in the office had invoked executive privilege on the ground that disclosure would subvert crucial military or diplomatic secrets.

In these disputes between legislature and executive the Court has been called upon to decide which shall be served constitutionally. The right of the judicial branch to decide such matters has been challenged. In the Nixon decision the Court traced the judiciary's authority back to *Marbury versus Madison*²⁷ to repeat that early landmark decision to the effect that "It is emphatically the province and the duty of the judicial department to say what the law is". The Nixon court concluded that the executive officials are prevented from judging the appropriateness of their own claims of privilege, noting that when the Atomic Energy Commission asserted absolute privilege to withhold evidence, the Federal District Court of the District of Columbia Circuit in 1971 had replied, "Any claim to executive absolutism cannot override the duty of the court to assure that an official has not exceeded his charter or flouted the legislative will".²⁸

Based upon its review of precedents the Supreme Court concluded that the executive's privilege devolved from the constitutionally prescribed separation of powers even though not expressly stated in the constitution. It explained its procedure when asked to resolve the dispute between the two branches, saying that it would ask two questions: (1) does the requested information actually fall within one of the traditional privileges and (2) should that privilege be honored in the given procedural setting?

Having asked itself these questions the Court concluded that in the circumstances before the court in the *Nixon case* the federal court of first instance had properly issued a *subpoena duces tecum*, ordering President Nixon in advance of the then-pending criminal trial of his officials charged with conspiracy to defraud the United States and to obstruct justice to produce "certain tapes, memoranda, papers, transcripts or other writings relating to certain precisely identified meetings between the President and others". The Court would permit no "fishing expedition", in which prosecutors would search through files for whatever they might find. It would, however, permit a judicial order to require evidence meeting the relevancy, admissibility and specificity requirements of the statutes and the constitution.

The demand of the Congress upon the executive for records thought necessary by the Congress for its deliberations in performing its oversight functions comes to the attention of the judiciary after the Congress has cited an official of the executive branch for criminal contempt of the Congress in refusing to produce requested records. Such a review occurred in a 1983 case.²⁹ In this instance the House of Representatives of the Congress had asked the Administrator of the Environmental Protection Agency for documents relating to administration of a Fund for use in cleaning up waste dumps. The Congressional Oversight Committee

was refused full compliance with its *subpoena* on the ground that the documents requested were protected by executive privilege.

The Agency fought back in a novel manner: it turned to the Department of Justice, as the executive department's lawyer, for protection against the *subpoena*. The Department of Justice sued the House of Representatives in a federal court to obtain an injunction against enforcement of the Congressional Committee's *subpoena*. The trial court dismissed the Department of Justice's suit, saying that the proper way to raise the issue of executive privilege was not in such an action but in the orderly course of a defense in criminal contempt proceedings. After this decision the Congressional Committee and the Environmental Protection Agency entered into negotiations which led to granting the Committee access to what were called the "enforcement-sensitive" documents under the safeguards of executive session. This meant that the Committee would see the documents without opening its doors to the public which normally may attend Committee sessions taking evidence.

As is evident from this review of decisions of the judiciary concerned with disputes between the executive and the legislature, the court determines the legality under the constitution on what it construes as being the intent of the legislature in enacting the statute governing the matter. As a rule the judicial branch has attempted to construe the intent of Congress in enacting a disputed statute in such a way that it may be upheld by the court as constitutional. This approach was stated in a 1909 decision.³⁰ The Supreme Court has repeatedly explained that it is not a legislature. It does not make law but interprets law made by the legislature.

Legal scholars sometimes question the truth of such a declaration, for it is difficult to draw a line between a construction of a statute that will permit a finding of constitutionality and a judicial rewriting of the statute being contested. The Supreme Court has recognized itself the limitations on its role as construer of statutes. In an 1875 case³¹ it said, "to introduce words of limitation" into what appears to be an excessively broad criminal statute in an attempt to bring it within constitutional requirements "would to some extent substitute the judicial for the legislative department . . . To limit this statute . . . would be to make a new law, not to enforce an old one. This is no part of our duty".

Professor Tribe has noted that in pruning a statute of provisions which would seem to be unconstitutional in order to save it, the result may be a statute which becomes impermissibly vague.³² He criticizes some such efforts made by the Supreme Court as in a 1974 decision.³³

When a jurist with little or no knowledge of the experience in the United States over two centuries with attempts to implement Montesquieu's "separation of powers" concept examines the record, he is likely to doubt that introduction of the concept into a constitution is suited to the legal experience in his country, at least if the change over to a separation of powers structure is to take effect immediately. This history of development of practice in the United States suggests that a people takes time to absorb the concept into their legal consciousness.

Perhaps also, a legal system based upon Romanist principles rather than those of the English common law expects speedy action in implementation of policy established by a legislature. There exists a sense that judicial intervention causes delays in the introduction of policy. Such delay is thought to be intolerable when

political leadership feels it necessary to introduce radical change quickly to achieve political or economic goals or both. Further, the Romanist tradition is intolerant of what appears to be judicial law-making within the common law family.

It remains to be seen whether checks and balances of the Montesquieu type will be acceptable in societies whose attitudes have been molded by the traditions of Romanist legal systems. Further, it remains to be seen whether leaders nurtured in communities where speedy untrammelled change has been practiced can accept a system of government which requires consultation with the people at every step and institutionalizes the consultative method with separation of powers. Professor Tribe sees a dilemma posed by the pursuit of both progress and justice as the people interpret "justice". Many who have put "progress" at the top of their list of political desiderata are now seeking to curb the despotic leadership that has sometimes emerged with its emphasis upon action in the presumed interest of the people without waiting to determine what the public might request if asked. Perhaps long held attitudes of mind will determine choices. That is the intriguing question to be put to comparatists. Are attitudes created by long experience with a Romanist or an English common law system crucial to a decision to adopt or reject Montesquieu?

Notes

¹ *Popkov, V. D.*: Sovetskoe pravovoe gosudarstvo: poniatie, priznaki. Vestnik Moskovskogo Universiteta (Seriya 11 — Prava), No. 2/1989, pp. 3–4.

² *National League of Cities vs Uery*, 426 U.S. 833 (1976).

³ *Wilson, Woodrow*: Constitutional Government in the United States 56 (1908).

⁴ *Tribe, Lawrence H.*: American Constitutional Law 21–23 (2nd edition, 1988).

⁵ *Myres vs United States*, 272 U.S. 52 at 291 (1926).

⁶ *Rohr, John H.*: Public Administration, Executive Power, and Constitutional Confusion. Public Administration Review, vol. 49, No. 2, p. 108 (1989).

⁷ United States Constitution, Article II, paragraph 4.

⁸ The earlier decision permitting censorship is *Mutual Film Corporation vs Industrial Commission of Ohio*, 236 U.S. 230 (1915). This decision was overruled in *Joseph Burstyn, Inc. vs Wilson, Commissioner of Education of New York et al.* 343 U.S. 495 at 501–502 (1952).

⁹ *Plessey vs Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

¹⁰ *Brown vs Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

¹¹ *Hoxie, R. Gordon*: "Cabinet" in *Jack P. Greene* (editor), Encyclopedia of American Political History, vol. 1, p. 149 (1984).

¹² 18 United States Code section 2385.

¹³ 341 U.S. 494 (1950).

¹⁴ *Brown vs Stoerkel & Gregory*, 74 Michigan 269 at 276 (1889).

¹⁵ 123 Texas 531 (1934).

¹⁶ 50 United States Code sections 781 et seq.

¹⁷ 50 United States Code sections 841–844.

¹⁸ *CPSU vs Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1357 (1961).

¹⁹ *Albertson and Proctor vs Subversive Activities Control Board*, 383 U.S. 70 (1965).

²⁰ *Strauss, Peter L.*: An Introduction to Administrative Justice in the United States. An Interview on Publication of the Book, The Columbia Law Observer, vol. 18, No. 3, p. 6 (Spring, 1989).

²¹ See *Tribe*, op. cit., supra, note 4 at 219.

²² 22 United States Code section 2370 (e) (1).

²³ See *Tribe*, op. cit., supra, note 4 at 275.

²⁴ 418 U.S. 683 (1974).

²⁵ *Chicago and Southern Airlines vs Waterman Steamship Corp.*, 333 U.S. 103 at 111 (1948).

²⁶ *United States vs Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953).

²⁷ 5 U.S. (1 Cranch) 137 at 177.

²⁸ *Committee for Nuclear Responsibility, Inc. vs Seaborg*, 463 F. 2d 788 (1971).

²⁹ *United States vs House of Representatives*, 556 F. Supp. 150 at 151 (District of Columbia Circuit, 1983).

³⁰ *United States vs Delaware & Hudson*, 213 U.S. 366 at 407 (1909).

³¹ *United States vs Reese*, 92 U.S. 214 at 225 (1875).

³² See *Tribe*, op. cit., supra, note 4 at 1030.

³³ *Arnett vs Kennedy*, 416 U.S. 134 (1974).

The constitutional amendment introduced on December 29, 1989 concerned the very essence of Polish statehood. The substance of the radical change effected on that occasion is contained in the constitutional provision according to which the "Republic of Poland is a sovereign legal State which realises the principles of social justice" (Article 1) and "In the Republic of Poland, the supreme authority lies with the Nation" (Article 2, paragraph 1).

As a matter of fact, all constitutions try to answer the question who exercises supreme authority in the State. What is concerned here is a definition of the foundations of State authority. The 1952 Constitution in Poland adopted the formula that these are the "working people of towns and villages". This contained, on the one hand, the clear nature of power, and on the other hand, stressed the specific character of the dictatorship of the proletariat.

In this respect there were two grounds of the change resulting in the December amendment. On the one hand, the change was the outcome of a process which, due to democratic trends in Poland and the adoption of the principle of pluralism, resulted in the abandonment of the limitations characteristic of the dictatorship of the proletariat in the 1950s. On the other hand, it resulted in the national tradition. The adoption of the formula which stresses the national nature of the supreme State authority is not exactly a fulfilment of the concept of a "national State" promoted throughout the 1950s and 1970s but rather a reversion to a long-established tradition of Polish constitutionalism expressed both in the Constitution of the Second Republic and in the March Constitution of 1921. In the 1952 Constitution this tradition was found in Article 20 which stated that the Sejm, as the supreme exponent of the will of working people of towns and villages "represents the nation's sovereign rights".

The recognition of the December constitutional amendment of the nation's supreme authority stresses the importance attached by Polish society to sovereignty in external relations. This aspect of sovereignty is tantamount to an emphasis on the independence of State authority, on the State's devotion to independence and the role it plays to equality in relations with other countries. In this context, the aspect of Article 9 of the Constitution which defined the principle of the foreign policy of the Polish People's Republic is fully understandable.

The main aspect of this formulation, however, concerns the sphere of internal

The New Constitutional Definition of Polish Statehood

SYLWESTER ZAWADZKI

I

The constitutional amendment introduced on December 29, 1989 concerned the very essence of Polish statehood. The substance of the radical change effected on that occasion is contained in the constitutional provisions according to which the "Republic of Poland is a democratic legal State which realizes the principles of social justice" (Article 1) and "in the Republic of Poland, the supreme authority lies with the Nation" (Article 2, paragraph 1).¹

As a matter of fact, all constitutions try to answer the question who exercises supreme authority in the State. What is concerned here is a definition of the foundations of State authority. The 1952 Constitution in Poland adopted the formula that these are the "working people of towns and villages". This contained, on the one hand, the class nature of power, and on the other hand, stressed the specific character of the dictatorship of the proletariat.

In this respect there were two grounds of the change resulting in the December amendment. On the one hand, the change was the outcome of a process which, due to democratic transformations and the adoption of the principle of pluralism, resulted in the suppression of the limitations characteristic of the dictatorship of the proletariat late in the 1980s. On the other hand, it reverted to the national tradition. The adoption of the formula which stresses the national nature of the supreme State authority is not exactly a fulfilment of the concept of a "national State" promoted throughout the 1960s and 1970s but rather a reversion to a long-established tradition of Polish constitutionalism, expressed both in the Constitution of the Third of May and in the March Constitution of 1921. In the 1952 Constitution that theme could be found in Article 20 which stressed that the Sejm, as the supreme exponent of the will of working people of towns and villages "realizes the nation's sovereign rights".

The recognition in the December constitutional amendment of the nation's supreme authority stresses the importance attached by Polish society to sovereignty in external relations. This aspect of sovereignty is tantamount to an emphasis of the independence of State authority, on the State's devotion to independence and the rank it gives to equality in relations with other countries. In this context, the repeal of Article 5 of the Constitution which defined the principles of the foreign policy of the Polish People's Republic is fully understandable.

The main aspect of this formulation, however, concerns the sphere of internal

relations. It is tantamount to a break with the model of the dictatorship of the proletariat interpreted as the rule of the working classes, exercised in alliance with the peasantry and the intelligentsia: that is a rule of the overwhelming majority combined with restrictions imposed on the "insignificant" minority, initially interpreted as a relic of the former class of exploiters, and then as minority composed of opponents of the socialist system. This was expressed in restrictions in the sphere of electoral law (which consisted in a grant of exclusive right to put up candidates to representative organs to organizations of the working people), freedom of speech and publication (in the shape of preventive censorship), freedom of association (a ban on political parties opposed to the system), and freedom of public meetings.

The above restrictions involved so serious abuse of authority and lawlessness typical of the Stalinist period that we have reasons to doubt whether from their very introduction they served for or rather against the interests of those in power after World War II. In October 1956, there was a mass protest against the Stalinist model of dictatorship of the proletariat and a call to take the Polish road to socialism which was to be a road of political and economic transformations avoiding the dictatorship of the proletariat. The preservation of the basic limitations of democracy was an anachronism which involved huge social costs. At the moment of acceptance by the 10th Plenary Assembly of the Polish United Workers' Party's Central Committee of the principle of pluralism (in January, 1989) — after 45 years of the Party's rule — the damage resulting from limitations of democracy proved so great that it was absolutely necessary to reverse them.

The new definition of State in Article 1 is a constitutional expression of the transformation of the "authority of working people of towns and villages" (exercised in authoritarian forms) into the rule of the nation.²

The new definition of the sovereign does not mean that the problem of discrepancies between the constitutional and the actual carrier of authority which result among others from bureaucratic and authoritarian relics of the past now ceases to exist. Moreover, a new danger of present authoritarian tendencies arises.

That is why, on the basis of the historical experiences of both the capitalist system and the so-called 'Realsozialismus', one cannot omit the following three important conclusions:

1. Although the new definition of the subject of State authority was welcomed, it is more necessary to stress that the rule of the nation is not void of the danger of being transformed into the rule of the minority. What may lead to this is privatization of property with the related stratification and aggravation of social discrepancies; or we may deal with the rule of a small but economically strong social class;³ or with the rule of bureaucracy, activists, or nomenclature resulting from deformations caused by the survival of fossilized forms of State ownership; or a dictatorship of an individual or family clan as was manifested clearly by the example of Rumania even after the "personality cult" was denounced in the Soviet Union. The institutions to prevent such deformations are not fully effective, as shown by a variety of financial scandals, coups d'état etc. also revealed in the West. Care is therefore required for an effective functioning of the entire system of the socio-political institutions (parties and pressure groups) and institutional-legal mechanisms of control over the authorities.

2. Rule of the nation is not granted once and for all for other reasons as well; the nation's sovereignty in the political sphere may be shaken if it is not based on sovereignty in the economic sphere, on a healthy and effective economy. It is therefore necessary to combine democracy with social discipline and to oppose any tendency to anarchize social life, thus creating the "Polish hell".

3. For both kinds of danger to be avoided successfully, the rule of the nation should be not only one in the interest of (that is, for) the nation: it has also to be exercised by the nation. This involves the need to care not only for a democratic mechanism of power and its legal and institutional shape, but also — to an equal extent — for its functioning in practice. This is closely related to the functioning of the model of "democratic legal State".

II

The definition of State as a "democratic legal State", included in the Constitution, is worthy of the attention of many different branches of law, the theory of State and law and the doctrine of constitutional law in particular. The concept of a "legal State" was always fiercely criticized by Marxist theory. Fighting legal positivism and normativism, theoreticians rightly criticized its formalistic approach but, at the same time, overlooked its anti-totalitarian aspect. What is therefore necessary are serious studies of the origin of the concept,⁴ the constitutional model of a "legal State", the legal and institutional principles and guarantees which compose its overall formulation.

Of many problems which arise in this connection, three seem to be worthy of particularly keen consideration:

1. the conclusions that follow from the treatment of the principles of democracy and of the rule of law jointly as two elements that make up the definition of State;

2. the problem of a catalogue of principles of the political system and its modification and substantiation in the new Constitution resulting from the adoption of the concept of a "democratic legal State";

3. the need to modify the legal and constitutional guarantees if that concept is adopted.

As far as the first of the above problems is concerned, the dispute that has been going on for many years now between the advocates of the formal vs. the material definition of the rule of law is worth mentioning here. Both conceptions still have their advocates today. If we consider the origins of differentiation of opinions, they may be perceived in a separate approach to the democratic form of State and to the rule of law. Despite the general acceptance of the arguments of A. Burda, included in his book "Democracy and the Rule of Law", not all of his conclusions were noticed. This was expressed mainly in an instrumental approach to law and to the rule of law and in a separation of the latter's formal from material aspect, that is in a lack of connection between the rule of law and the question of legitimation of State, in deficient regard to the problem of law's consistence with the system of humanistic values.

Against the background of the former practice and the adopted model of a "democratic legal State", conclusions emerge aimed at the stressing in the new

Constitution the connection with the fulfilment of humanistic values included in the Constitution; law's connection with the fulfilment of the catalogue of civic liberties, rights, and duties; and the importance of the system of sources of law and of constitutional principles of law-making which guarantee democratism and effectiveness.⁵

The last of the above-mentioned questions cannot be treated incidentally as was the case in the 1952 Constitution. A "democratic legal State" as an example of the "rule of law" has to be based on "good law" which would be shaped not by closed circles, as is still the case, but with direct and indirect participation of the citizens.

A democratic and legally governed State is one where the nation participates in law-making as a sovereign and determines the shape of law to become binding for all citizens. It will be the new Constitution's historic merit if it manages to bring Polish society closer to the realization of that ideal which is difficult to attain.

A separate problem that needs comprehensive treatment is that of the institutional legal guarantees of observance of the rule of law. Progress in this sphere in the decade of the 1980s was manifested by creating the following institutions: the High Administrative Court (1980); the Constitutional Tribunal (1985); the Tribunal of State (1985) and the Spokesman of Civic Rights — (the Ombudsman — 1987). Poland was thus provided with a complete set of agencies of legal protection which meet the highest world standards.

The changes that followed the "round table" conference in 1989 concerned mainly the administration of justice. As a result of the amendment of many statutes and the passing of the Act on National Council of the Judiciary, they contributed to consolidation of the principle of courts' independence from administration and the independence of the judiciary. All those other changes — abolition of preventive censorship and reorganization of the Ministry of Internal Affairs included — constitute an important step towards a "democratic legal State" too.⁶

The catalogue of the constitutional principles of a political system which condition the fulfilment of the concept of a "democratic legal State" is most extensive. According to M. Pietrzak, the following principles are concerned here: sovereignty of the nation; superiority of the Constitution in the system of law in force; a high regard for statutes in the hierarchy of the sources of law; the principle of representation; local government; separation of powers; independence of courts and of the judiciary; an extended catalogue of civic rights and a special position in it for freedom of speech and publication and the right to assemble; an effective system of inspection agencies.⁷

Today, the question is not one of multiplication of the constitutional principles of the political system. Not all of them necessarily have to be expressed in the Constitution as principles of the political system. There is, instead, the problem of substantiation of those principles with regard to Polish tradition, the country's specific conditions and the stage of its development.

From the point of view of further work on the new Constitution, one of the crucial principles is, no doubt, that of separation of powers. Its inclusion in the constitution would be justified to the extent that this would stress the State's anti-totalitarian (anti-authoritarian and anti-bureaucratic) nature. Although the principle of the unity of State authority was not mentioned in the Constitution of

the Polish People's Republic, the principle of monocentrism was brought into relief in Article 3 which concerned the leading role of the Party. For this reason, among others, a constitutional principle of separation of powers seems to be advisable together with an emphasis on the basic aim that principle is to serve: to protect citizens against authoritarian deformations of the State and thus to create a basic safeguard against breaches of the rule of law.

A recognition in the Constitution of the principle of the separation of powers in itself does not determine the form of government in which that principle is fulfilled. Three or even four systems can be found which lay claim to that principle. They are presidency, the presidential system, the parliament-cum-government system, and the congress system. The concept of presidency was rejected in the amendment of April 7, 1989. Although the constitutional changes in some countries tend towards the introduction of that very system, Poland can hardly be supposed to follow their example. Presidency failed to take on in European States. That system was not shaped in Poland in the period between the two World Wars either, although the conditions were more favourable then than today, when the fascist and Stalinist dictatorships discredited it.

For this reason, it seems that a model of President as arbiter, with powers to coordinate functionally separated activities and to "restrain" other State agencies, that is one approaching the presidential model, would offer greater facilities for the present tasks of the "democratic legal State" in Poland than presidency where the President is head of the administration, or the parliament-cum-government system where he performs practically only official functions.

Based on the principle of the separation of powers, one should stress, however, that nowhere in the world is that principle treated rigidly, quite the contrary, the need for most flexible treatment is universally recognized. Flexibility concerns first and foremost the separation of competence between State agencies, and the degree to which the principle of "balance and restraint" is taken into account in mutual relations between those agencies. In particular, we deal with differences in the shaping of mutual relations between the executive and the court authority, and between the legislative and the executive authority.

While in the first case, there is an explicit tendency to preserve the courts' independence of the executive authority in the interest of guarantees of the rule of law, various solutions are allowed as regards the relations between the legislative and the executive authority. Thus while in presidency we deal in practice with a marked supremacy of the executive over the legislative authority, and in the parliament-cum-government system with the relatively most frequent system of balance and mutual restraint, the congress system assumes superiority of the "legislative authority".

It seems that the "anti-bureaucratic orientation", which a "democratic legal State" should represent after past experiences that secured the supremacy of bureaucracy, should aim at consolidation of the parliament's superiority over the executive authority.⁸

As a result of amendments of December 27, 1989, and March 8, 1990, substantial changes were introduced in the system of representation. They consist of a renunciation of multi-level representation resulting from the abolition of the system of people's councils, and in the adoption of a bicameral parliament. A third

radical change is related to the fact that the system of election has been based on the principles of pluralism and departs from the plebiscite nature of the electoral system.

Those changes lead to a new model of representation. Before it is consolidated in the new Constitution, a number of basic questions should be considered, that is:

1. whether the principle of a bicameral parliament, shaped summarily during the proceedings of the "round table" conference, is indeed an inevitable consequence of the principle of the separation of powers; and
2. whether the final shape of the system of elections to the parliament should be based on the formula of majority or proportional elections.

As far as the first of these problems is concerned, the adoption of the bicameral system was accidental to the extent that suggestions for the establishment of the Senate as the second chamber arose from a search for a supplementary solution when elections to the Sejm fail to be pluralistic in nature. Since the future pluralistic composition of the two chambers seems practically guaranteed, the basic reason for the establishment of the Senate no longer comes into consideration. In this situation, reference to historical tradition cannot be considered sufficient.

It is particularly insufficient today with the emergence of a tendency to abandon the bicameral structure which can be found in some countries. The Scandinavian countries (Sweden, Finland, Denmark), which have introduced the one-chamber parliament, may serve as examples of this tendency. There is no doubt that a structure which secures the parliament's stronger position in relation to the executive authority, and its greater organizational efficiency, is a matter of great importance at times of profound reform of nearly the entire system of law.

In this situation, the model of a "democratic legal State" creates the need for reconsideration of the structure of parliament, with regard to the experience of its functioning in the conditions of the bicameral system.

As far as the electoral law is concerned, the question which becomes more and more pertinent is that of choosing between the majority and the proportional system. The decision in this question may greatly influence the shape of the party system. Majority elections which prevail in most of the Anglo-Saxon countries lead to the shaping of a two-party system, while the proportional elections — to a many-party one. They both have their specific virtues and faults. The first one which secures the dominance of the party which obtained a majority in the elections thus limits the parliament's representative character but at the same time extends its influence on the composition of the government and the effectiveness of the functioning of the entire mechanism of power; it also makes the parliament more effective. The other system which favours the extension of the number of parties contributes to the parliament's increased representative character. At the same time, however, it reduces parliament's effective influence on the government due to formation of transitory coalitions, which may reduce the parliament's impact on the executive authority thus impairing the entire mechanism of power.

One should be aware of the fact that there is in Poland no established tradition of the two-party system, and the emergence of such traditions requires time-consuming experiments in the course of which (under the majority system) a monoparty parliament may arise.

Faced with the danger of the emergence of a single party in power, the

Constitution should adopt as obligatory the principle of proportional representation in parliamentary elections (that principle, however, should not be obligatory in elections of decisive agencies of local government). What should also be considered is the possibility of including in the electoral regulations a definite limit (percentage of votes) on which a political party's chance of obtaining a seat in the parliament would depend (the so-called barrier); this would serve to limit the possibility of the break-up of political forces within the parliament.

III

What is of essential importance is the relation, in Article 1 of the Constitution, of the formula "democratic legal State" to the fulfillment of "principles of social justice". An interpretation of the reasons for that relation, and particularly of its consequences, might be most important from the point of view of further work on the new Constitution.

The settlement of this question is closely related to the answer to a question about the nature of State and of the national economy.

At least three conceptions of the further transformations of the socio-economic system serve to confirm the author's opinion:

1. The first of them involves an option for the economic model where private ownership prevails; different opinions can be found here as to the extent of private ownership, from those which contemplate private property amounting to about 25–30 per cent of the total national property to options for thorough privatization and a "pure" market economy.⁹

2. The second option is the concept of a "mixed economy" with private and social property accompanied by forms such as cooperative and communal property, different forms of mixed property (inter-sector in nature), employee's property in the shape of stock held by employees, and different forms of self-management enterprises; this concept is based on the principle of economic pluralism and free competition between different sectors.

3. The third concept is based on a "mixed economy": thus, it takes private ownership into account but assumes the dominant role of socialized property.¹⁰

As follows from this classification, a flexible approach to the differences between the above-mentioned conceptions is necessary, and the boundaries between them have to be treated as liquid. If according to the first conception, privatization is to amount to 25–30 per cent of the national economy, that model can be classified as the model of the mixed economy. What may determine the actual share of private or socialized economic assets is not exactly its extent as compared to the whole of the national economy but rather, for example, the priority given to different spheres of production in the economy.

There is the greatest probability of the "mixed economy" model in Poland, according to the second of the above-mentioned conceptions. It will involve a free market economy based on economic pluralism and competition between sectors, and State intervention and a "social" orientation to the economy. This direction is largely determined by Poland's ratification of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. This model is sometimes called the "social market economy".

The government's economic programme — submitted to the Sejm by Vice-Premier L. Balcerowicz in December 1989 — contains no assumptions which would make it possible to identify it with any of the above-mentioned conceptions. The choice of a definite conception will probably depend on the course of the programme's implementation and on its final results. This at least follows from the speech delivered by L. Balcerowicz in the Sejm: the Vice-Premier stated that only "stabilization of the economy will afford possibilities for effective introduction of decisive changes to the system in 1990".¹¹

IV

Since Article 1 of the Constitution largely influences the direction of transformations of the socio-economic system, the need may be assumed to take up the following problems during the preparation of a new Constitution:

- 1) arrangement of the axiological foundations of constitutional regulation of the socio-economic system;
- 2) restoration of a separate chapter of the Constitution dealing with those problems;
- 3) establishment of a proper hierarchy of the constitutional catalogue of civic rights, liberties and duties;
- 4) definition of the principles of social policy;
- 5) definition of the principles of the State's economic policy.

1. The need to devote particular attention during the work on a new Constitution to axiological problems follows from many causes. One of them is a great confusion in this sphere, expressed among others in a statement that the new times which condition the overcoming of economic crisis should be characterized by a departure from the "philosophy of work" and instead, to give priority to the "philosophy of profit". Such words uttered by a well-known Catholic publicist, who has for a long time seen capitalism as the best possible social system, mean that he is not only critical towards the Marxist philosophy of work but also repudiates the basic assumptions of the social doctrine of the Church in this sphere.

What is worth quoting in this connection is the principle of priority of human work over capital, stressed in the encyclical "Laborem Exercens". The Pope sees the greatest danger in the treatment of man as a tool when actually he should be treated as an actor, "the proper originator and author".

In the face of great pressure from conservative neo-liberals on the contents of the future Constitution, it is worth bringing to mind in this context that "in the light of analysis of the basic reality of an economic process, and first of all of the structures of production which is what work amounts to, it should be assumed that the error of primitive capitalism may happen again wherever man is treated on a level, so to say, with a whole set of material means of production, that is as a tool and not — as would be suitable to the proper dignity of his work — as the subject and originator and thus also as the actual aim of the entire process of production".

The practice of the so-called "Realsozialismus" fully confirmed the existence of this danger. The new model of the system should fulfill the assumptions of the social doctrine of the Church concerning the creation of a system of work which

would “overcome the antinomy of work and capital at the very base, trying to shape itself in accordance with the above-mentioned principle of substantial and actual priority of work, subjectivity of human work, and its causative participation in the entire process of production”.¹²

This standpoint is consistent to some extent with the Social Democratic doctrine in that it states that “a working man desires not only a due remuneration for his work but also the inclusion in the process of production itself of possibilities for him to feel as if he were farming his own land even while actually that land is collective”.

Thus the new Constitution cannot replace the “philosophy of work” with that of profit, if the aims of political and economic transformations included in Article 1 are to be fulfilled.

2. The amendment of December 29, 1989 resulted in a change in the Constitution’s structure. Consequently, Chapters I and II have been combined under a common title “Principles of the political and socio-economic system”. It seems that this change should be treated as an element of a provisional constitutional arrangement and not as a permanent solution for the future.

Due to the nature of the socio-economic system, the problem related to it have to be greatly extended and enriched as compared to the present Chapter II of the Constitution. The new Constitution should include regulation not only of the structure of ownership and of free enterprise and management, but first of all of the system of work based on the principles of social justice, on the policy of a social State.

3. Article 1 of the Constitution has most serious consequences for the chapter concerning civic rights and liberties. Against the neo-liberal trend which treats economic, social and cultural rights as secondary and not fundamental in nature, and which therefore do not necessarily have to be included in the Constitution, the new constitution should be based on the assumption that according to the Covenants on Human Rights, both categories of rights, that is political and personal on the one hand, and economic, social and cultural on the other hand, are of equal importance and should be treated as such in the new Constitution.

The new Constitution should also give similar equal treatment to the legal-institutional and material guarantees of fulfillment of both of the above-mentioned categories of rights. This equal treatment of both kinds of guarantees is tantamount to a departure from the exclusively formal legal approach to the economic, social and cultural rights.

4. The conclusions that emerge from Article 1 concern first of all the principles of the State’s social policy.¹³ Obviously, that policy cannot exclude philanthropic activity and the contribution of social organizations and associations to the fulfillment of social rights. It cannot be interpreted so broadly as to absolve an individual who is then able to work free from all responsibility for his own and his family’s maintenance. Thus the new Constitution should define the extent, principles and limits of the State’s welfare activities differently and with much greater precision than was done by the 1952 Constitution.

Closely related to this is the question whether the State’s duties should be limited to protection of definite social groups and individuals, or receive a broader treatment as activity aimed at securing the fulfillment of specific rights, such as the

right to work, the right to health care etc. through securing the country's economic development.

The problem is, therefore, whether the State should aim at creating conditions which would secure a definite material minimum, an existence proper for a human being, or focus only on removing the extreme social injustice through securing assistance for those who need it most.

The State's fulfillment of the principle of social justice also requires a precise regulation in the Constitution of the attitude towards private property. It can be mentioned here by way of example that Article 14 of the West-German Constitution introduces the following principles in this sphere: the State guarantees the right to property and inheritance, at the same time relating the right to use one's property to the free development of personality; another principle consists of the so-called "social binding of ownership" which follows from the statement included in a constitutional norm that "the use of property should at the same time serve the common weal"; expropriation is admissible in the interest of securing that common weal. It may only be decided by or based on a statute which should specify the kind and extent of indemnity. Moreover, Article 13 of the basic statute permits transformation of private into social property also on an indemnity basis.

Similar principles were adopted in the Constitution of Italy which on the one hand secures absolute freedom for private economic initiative but, on the other hand, obliges that initiative to act in accordance with the social interest; at the same time, it introduces supervision to make sure that both public and private activity actually do serve social aims. Private property may be expropriated on behalf of the common interest; this is possible in cases specified in the statute and against indemnity.

From the above it follows that the principle of social justice should oblige not only public but also private subjects to manifest a "social attitude"; moreover, it should have a bearing on the entire legal order. Against the extreme neo-liberal opinions, private property is no longer considered "sacred and inviolable" in most civilized countries, and the concept of State as the "night watchman" has been committed to the archives of economic thought long ago.

5. The adoption in Article 1 of the Constitution of the principle of social justice requires the State's specific economic intervention. As shown by the constitution of West Germany, Italy and France, the extent of State intervention, which changes according to the economic situation, is by no means limited.

As far as the Federal Republic of Germany is concerned, the State's economic activity is related first and foremost to the recognition in Article 105, paragraph 2 of the Constitution of responsibility of the Bund and the separate Lands for the "overall economic balance". As follows from the provisions this notion includes such spheres as stabilization of prices, secure employment etc. These powers of the communes are limited by the principle of subsidiarity which permits the State's intervention in such cases only when society (individuals and social groups) prove unable to discharge specific tasks.

The Polish Constitutional amendment resulted in the liquidation of the State monopoly in the sphere of foreign trade. There are, no doubt, many other spheres also in which monopoly should be abolished. All the time, however, one should not lose sight of the fact that some spheres of economic activity require a central State

regulation, e.g. the currency, pecuniary and monetary policy, customs and tax policy of which the State was in charge even in periods of absolute dominance of the "laissez-faire" policy.

There is still another problem which can only be mentioned here: that of "democracy in the economic sphere". Related to the broadly proclaimed opinion that democracy is possible everywhere except in an economy, the view is rather well-rooted that this statement concerns the free market economic system above all. Such opinions are only shown as outdated and onesided by provisions of the Italian Constitution which deal with employee participation in the management of an enterprise.¹⁴

Also this example points emphatically to the great importance of axiological questions for normative solutions to be included in the new Constitution. For this reason, a tendency to give the new Constitution the nature of a legal document and to free it from political declarations must not be tantamount to the relinquishing of studies in the axiological plane. Quite the contrary: it is on the advancement of those studies that the normative standard and efficiency of the new Constitution will depend.

Notes

¹ Act of December 29, 1989 on changing the Constitution of the Polish People's Republic, Journal of Laws, No. 77, item 444.

² W. Sokolewicz is right to stress that giving up "the category of working people, the authors of the constitutional amendment defined the subject of superior authority as the Nation, stressing no internal divisions whatever in the community". In this formulation, members of the nation as a sovereign subject of State authority are equally all citizens of the State, irrespective of their nationality, that is objective and subjective identification with the Polish nation treated as an ethnic community. This is, therefore, a conception of the nation as a "community of all citizens". Sokolewicz, W.: Rzeczpospolita Polska — demokratyczne państwo prawne (Republic of Poland — A Democratic Legal State). Państwo i Prawo, No. 4/1990, p. 19.

³ This issue was pointed to by Biskupski, K. who recognized the need to consider sovereignty not only on the legal but also, first of all, on the sociological plane. He stated that where the Constitutions of capitalist States answer the question about the actual holder of power, the relevant constitutional norm would have to read, "the superior State authority lies with disposers of the means of production". Biskupski, K.: Problemy ustrojstwa (The Problems of the Doctrine of Political Systems). Toruń 1968, p. 102.

⁴ Those studies were initiated by a monograph: Opalek, K. and Zakrzewski, W.: Z zagadnień praworządności socjalistycznej (Selected Problems of the Socialist Rule of Law). Warsaw 1958.

⁵ The importance attached to these questions in West Germany is manifested among others by the fact that, not only because of the State's federal structure, as many as two chapters of the Constitution have been devoted to them: Chapter VII "Federal Legislation", and Chapter VIII "Execution of Federal Statutes and Federal Administration".

⁶ The changes in the normative situation are most insufficiently reflected in practice, which results in a preservation of a serious discrepancy between the constitutional formula of a democratic legal State and the social reality. See the pronouncement of the Polish Ombudsman E. Lętowska, at the Session of the Sejm on March 23, 1990.

⁷ Pietrzak, M.: Demokratyczne państwo prawne (The Democratic Legal State). "Studia Konstytucyjne", Vol. VII, Warsaw 1990.

⁸ See the pronouncement of T. Mazowiecki: "We now face a most difficult task of shaping such relations between the Parliament and Government which respect the superior position of parliamentary chambers, and at the same time permit an efficient functioning of the executive agencies." (Speech delivered at the session of the Sejm on October 13, 1989).

⁹ J. K. Galbraith pointed to the Utopian character of such conceptions stating that a return to the free market as conceived by A. Smith was impossible since "there is no such market in the West, it would not be tolerated and could never exist (...) Pure and rigorous capitalism would be more unacceptable for Eastern Europe than it is for us".

¹⁰ These concepts have been discussed by T. Kowalik (Towards a Mixed Socialist Economy. Warsaw, September 1989) who declares for the third of them.

¹¹ In this connection, one cannot agree with T. Zieliński who argues that "the programme of Balcerowicz, L. clearly trends towards the liberal economy of early capitalism of the 19th century". See: *Praca a kapitał. Rozmowa z senatorem prof. T. Zielińskim* (Work and Capital. Interview with Senator Prof. T. Zieliński). "Rzeczpospolita", No. 73/1990.

¹² John Paul II: *Laborem Exercens*, "Znak", No. 332-334/1982.

¹³ Article 3 of the Constitution of Italy contains a statement which refers clearly to the principles of social justice: "The purpose of the Republic is to remove all economic and social obstacles which limit the actual freedom and equality of its citizens and that hamper a full development of individuals and a genuine participation of all working people in the country's political, economic, and social organization".

¹⁴ Article 46 of the Constitution of Italy states as follows: With the aim of enhancing the economic and social value of work, and also in accordance with the needs of production, the Republic recognizes the workers' right to cooperate in the management of enterprises in a way and within limits specified by statute.

Vergleichende und historische Aspekte der Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn

ZOLTÁN PÉTERI

Die neueren ungarischen Reformbestrebungen im Bereich des Verfassungsrechts knüpfen sich untrennbar an den Namen des Akademiestatsmitglieds Prof. István Kovács. Die Menschen- und Bürgerrechte, die konstitutionellen Garantien, eine aus den Traditionen der ungarischen Verfassungs- und Rechtsentwicklung stammende neue umfassende Verfassungskonzeption, die Modernisierung des Verwaltungssystems, die Erneuerung der Pflege und des Unterrichts der Staatswissenschaften bzw. des Verfassungsrechtes — diese sind nur einige aus dem Kreise der wichtigsten Schicksalsfragen der ungarischen Staats- und Rechtsentwicklung und Wissenschaft, welche ihn ständig beschäftigten. Er war im großen Maße daran beteiligt, daß sich die umfassenden wie auch die konkreten Zielsetzungen einer Verfassungsreform in Ungarn als Ergebnis einer jahrelangen, unermüdlichen Arbeit schnell realisieren und die ersten Institutionen des neuen ungarischen Rechtsstaates zustande kommen konnten.

Es ist eine schmerzhaft Ironie des Schicksals, daß István Kovács die derzeitigen Umwandlungen nicht mehr erleben konnte. Sei diese Studie, in Erinnerung auf eine jahrzehntelange Mitarbeit und Freundschaft, als eine späte Ehre seinem Andenken gewidmet.

I

Das Gesellschaftssystem, welches sich auf Grund des sowjetischen Modells nach dem 2. Weltkrieg in Ostmitteleuropa verwirklicht hatte, wurde in Ungarn als erstes unter den Ländern dieser Region erschüttert, und auch der Durchbruch in Richtung einer echten Rechtsstaatlichkeit wurde in Angriff genommen. Die Veränderungen haben alle Schichten der Gesellschaft berührt und sich auf die ganze Wirtschaft, das politische Leben und die Kultur ausgedehnt.

Die umfassenden Reformbestrebungen, sogar die konkreten Pläne für die Realisierung der erforderlichen Umgestaltung des Landes, haben sich im Laufe von mehr als zwei Jahrzehnten in Ungarn ausgestaltet. Zuerst wurden — wie bekannt — die ersten Versuche für die Liberalisierung des Systems der steifen Planwirtschaft am Ende der sechziger Jahre angestellt, und die Zielsetzungen der ungarischen Wirtschaftsreform haben — trotz ihrer Schwankungen — sowohl in anderen ostmitteleuropäischen Ländern wie auch in der westlichen Welt einen Widerhall gefunden. Kurz danach wurde in Ungarn die Umgestaltung der ganzen

Gesellschaftsordnung auf die Tagesordnung gesetzt, und die auf diesem Gebiet erzielten Umwandlungen haben auch eine Reihe der politischen, staatlichen und rechtlichen Einrichtungen berührt. Man hat auf solche früheren, „systemeigenen“ Grundprinzipien wie die Einheit der Staatsmacht, die führende Rolle der kommunistischen Partei, der demokratische Zentralismus, das gesellschaftliche Eigentum der wichtigsten Produktionsmittel, das System der Planwirtschaft, das staatliche Außenhandelsmonopol usw. verzichtet. Auch wurde Ungarn als einer der ersten unter den sog. „sozialistischen“ Ländern durch den Zerfall der verschiedenen ostmitteleuropäischen Vertragssysteme berührt, was zu neuen außenpolitischen und wirtschaftlichen Orientierungen führte.

Zu dieser sich auf die ganze ungarische Gesellschaftsordnung ausbreitenden Umgestaltung haben auch die Juristen sowohl im Bereich der Wissenschaft wie auch in der Rechtspraxis wesentlich beigetragen. Das Recht konnte als eine der wichtigsten organisierenden Kräfte in der Gesellschaft parallel mit der Wiedergeburt der alten Traditionen der ungarischen Rechtsgeschichte seinen wahren Sinn und seine Bestimmung zurückgewinnen. Das Parlament wurde auf Grund der besten Traditionen der Volksvertretung neu gewählt, und als Ergebnis seiner in der Neuzeit ganz beispiellosen gesetzgebenden Tätigkeit konnten nicht nur neue Rechtsinstitutionen zustande kommen, sondern auch die vorherigen Einrichtungen mit neuem Inhalt gefüllt werden. Im Rahmen der Umwandlungen haben auch die Menschen- und Bürgerrechte ihren ursprünglichen Sinn wiedererworben, und man hat auch die anderen Voraussetzungen für den Aufbau einer demokratischen Gesellschaftsordnung und des Rechtsstaates erschaffen.

II

Die Idee des Rechtsstaates entstand — wie bekannt — als ein Bestandteil der sich mit dem bürgerlichen Wirtschafts- und Gesellschaftssystem parallel herausbildenden liberal-individualistischen Ideologie, als Produkt des Erkennens und der Betonung eines im Laufe der Geschichte sich immer manifestierenden Gegensatzes zwischen Staat und Staatsbürger. Sie war dazu berufen, die Sphären der „société civile“ und des „état politique“ möglichst konsequent zu umgrenzen und dadurch den Schutz der individuellen Wirkungssphäre gegenüber allen Eingriffen der Staatsgewalt zu sichern.¹ Es steht ohne Zweifel fest, daß einige Komponenten dieser Idee — so z. B. der Schutz gegen die Willkür der Machthaber oder der Anspruch darauf, daß gewisse allgemeinverbindliche Regeln als nicht so sehr Rechts-, sondern eher Moralprinzipien eingehalten werden sollen — schon in uralten Zeiten auftauchten.² Die Spuren einer solchen Freiheitsidee in der Antike oder im Mittelalter können jedoch natürlich nicht an dem Maßstab eines bürgerlich-liberalen Systems gemessen werden, wie auch ein in die Vergangenheit zurückgeführter liberaler Freiheitsbegriff das Verstehen der tatsächlichen geschichtlichen Zusammenhänge nicht erleichtern, sondern nur stören würde.³

Bei der Forschung nach den uralten Wurzeln der Rechtsstaatsidee stößt man auf ähnliche Hindernisse wie bei der Herkunft der Menschen- und Bürgerrechte. Wenn man nämlich die Existenz dieser Rechte auf den Gegensatz zwischen Individuum und öffentlicher Gewalt, auf ihre Interessenkonflikte sowie auf den Anspruch zurückführt, daß dem Individuum gegenüber der Willkür der Machthaber

Schutz zugesichert werden soll, dann ist es klar, daß man die ersten Spuren des Problems in diesem Sinne des Wortes tatsächlich in uralten Zeiten vorfinden könnte.⁴ Es mußten aber viele Jahrhunderte vergehen, bis die Menschheit über die ersten, primitiven Stufen des gesellschaftlichen Zusammenlebens und über die frühhistorischen Perioden der kollektivistischen Denkart zur Verselbständigung des Individuums bzw. zu einer naturrechtlich-individualistischen Ideologie gelangte, die diese Verselbständigung auf philosophischer Ebene unterstützte.⁵ Der ewige Gegensatz zwischen Individuum und Gemeinschaft oder Individuum und Staatsgewalt darf also nicht mit den neueren ideologischen Erscheinungsformen dieses Gegensatzes, mit der Idee der Menschen- und Bürgerrechte oder mit der Idee des Rechtsstaates identifiziert werden; diese sind nämlich nur in Zeit und Raum bestimmte Etappen der geschichtlichen Entwicklung einer umfassenden Freiheitsidee.⁶

Die Idee des durch das Recht eingeschränkten, unter der Herrschaft des Rechts wirkenden Staates trat — wie bekannt — im Zusammenhang mit den bürgerlichen Bestrebungen in den Vordergrund. Sie wurde als der Ausdruck der wirtschaftlichen und politischen Macht des Bürgertums in einer solchen Zeit abgefaßt, als die auf das Zustandekommen eines selbständigen nationalen Marktes und Staates gerichteten Bestrebungen des Bürgertums mit der Feudalgesellschaft und ihren Einrichtungen in einen unversöhnlichen Gegensatz gerieten.⁷ Die Entwicklung vollzog sich in den einzelnen europäischen Ländern natürlich nicht ganz identisch, sondern von den sozialen Verhältnissen, der politischen und kulturellen Lage des Landes, und — last but not least — von den Rechtstraditionen bestimmt, was den Erscheinungsformen der in der Rechtsstaatsidee verkörperten bürgerlichen Bestrebungen und auch dem Zeitpunkt ihrer Abfassung seinen Stempel aufdrückte.

In England, wo sich das Bürgertum zum erstenmal in der europäischen Geschichte zur führenden Kraft der Gesellschaft erhob, kam es früher zu Abrechnung mit der absoluten Monarchie als auf dem Kontinent. Im 17. Jahrhundert bediente sich das englische Bürgertum im Kampf gegen die absolutistische Machtausübung der Stuart-Könige mit der Forderung nicht so sehr eines auf der Natur des Menschen begründeten idealen Staats- und Rechtssystems, sondern der Herrschaft des auf alte Traditionen zurückreichenden, englischen „gemeinen“ Rechts (common law).⁸ Man darf aber nicht außer acht lassen, daß die Berufung auf diese uralten Rechte und Gewohnheiten des Landes gar nicht mit der Bewahrung der feudalen Einrichtungen verbunden war; im Gegenteil, unter dem Mantel der Herrschaft des Rechts (rule of law) verbarg sich der Anspruch, die alte feudale Herrschaftsordnung zu stürzen oder sie mit neuem bürgerlichem Inhalt zu füllen.⁹

Die Entwicklung auf dem Kontinent folgte einem anderen Weg, wenigstens was die ideologischen Erscheinungsformen der in der Idee der Herrschaft des Rechts (rule of law) zum Ausdruck kommenden bürgerlichen Anforderungen betrifft. In Frankreich, wo die Verwirklichung dieser Bestrebungen nicht unter der Devise der Herrschaft des Rechts vollzog — so daß man erst in den letzten Jahrzehnten versucht hat, für den Begriff der „rule of law“ ein französisches Äquivalent zu finden¹⁰ —, wurden diese Anforderungen in der Deklaration der Menschen- und Bürgerrechte feierlich verfaßt.¹¹

Die Analyse jedoch, wie sich dieses Problem in Deutschland und in den unter deutschem Einfluß stehenden Ländern meldete, bietet zum Vergleich eine günstigere Möglichkeit, um so mehr, da England zwar hinsichtlich des Erscheinens und der Realisierung der Idee der Herrschaft des Rechts weit voranging, die systematische Ausarbeitung der ganzen Problematik des Rechtsstaates sich jedoch zuerst auf deutschem Boden vollzog.¹²

Die ausführliche Darstellung dieser Entwicklung kann gewiß weggelassen werden. Es genügt als ein Saldo dieser Entwicklung festzustellen, daß sich auch die deutsche Rechtsstaatsidee organisch in die Hauptfront des Kampfes eingliederte, den das Bürgertum in Europa gegen den fürstlichen Absolutismus führte,¹³ wenngleich diese fortschrittlichen Bestrebungen in Deutschland von den ungünstigen heimischen und internationalen Verhältnissen stark beeinflußt und — auch infolge der abschreckenden blutigen Ereignisse in Frankreich — nur in gemäßigter Form und im Vergleich z. B. zu den Lehren von Rousseau weniger radikal verfaßt werden konnten.¹⁴

Vergleicht man die deutsche Rechtsstaatsidee bzw. ihre anfängliche, fortschrittliche Auslegung mit der Idee der englischen „rule of law“, sind folgende Unterschiede festzustellen:

a) In der Idee der „rule of law“ spielten — wie darauf schon hingewiesen wurde — die historischen Traditionen eine große Rolle; die fortschrittlichen, antiabsolutistischen Anforderungen des Bürgertums erschienen in England als Teile eines auf alten Traditionen beruhenden positiven Rechtssystems.¹⁵ Der deutsche Rechtsstaatsbegriff dagegen zeigte zur Zeit seiner Entstehung mehr in die Zukunft, insofern er gewisse gewünschte Zielsetzungen zusammenfaßte.¹⁶

b) Der Widerstand gegenüber dem Absolutismus, der Gegensatz zwischen Staatsgewalt und den einzelnen Bürgern, erhielten in der Idee der „rule of law“ eine kräftigere Betonung. Auf Grund der während des Stuart-Absolutismus zur Geltung kommenden Erfahrungen dominierte in England immer die Idee des dem Individuum gegenüber der Staatsgewalt zustehenden Rechts. Die Herrschaft des „allgemeinen“ Rechts mußte sich gegenüber dem Herrscher, d. h. dem absoluten Monarch, durchsetzen,¹⁷ und dieser charakteristische Zug blieb im Laufe der ganzen geschichtlichen Entwicklung — wenn auch in Form des Widerstandes gegen die Staatsmacht — erhalten. In Deutschland identifizierte man den Rechtsstaatsbegriff immer mehr mit dem in Hegelschem Sinne existierenden, in erster Linie mit dem preußischen Staat, und die Identifizierung des Existierenden mit dem vorgestellten Ideal blieb später, in der Periode der sog. „Entleerung“ oder „Formalisierung“ des Rechtsstaatsbegriffs ein charakteristischer Zug der Rechtsstaatlichkeit.¹⁸

c) Was die organisatorischen Garantien der Verwirklichung der „rule of law“ bzw. der Rechtsstaatsidee betrifft, hängt der Unterschied zwischen den angelsächsischen und kontinentalen Rechtssystemen mit ihrer ganzen Struktur zusammen. Während die englische Konzeption der „rule of law“ jene Rechte, die den Staatsbürgern gegenüber dem Staat zustehen, als einen Teil des „gemeinen“ Rechts auffaßt und die höchste Garantie ihrer Verwirklichung in der Tätigkeit der gewöhnlichen Gerichte sieht,¹⁹ sind diese Garantien als Bestandteile der kontinentalen Rechtsstaatsidee in erster Linie in der Trennung der verschiedenen Zweige der Staatsgewalt oder in der feierlichen Deklaration der Bürgerrechte zu suchen.²⁰

d) Schließlich kann man einen weiteren Unterschied zwischen der „rule of law“ und der Rechtsstaatsidee darin erkennen, daß während in der Herausbildung und Weiterentwicklung der ersteren bis heute noch die Gerichte die Hauptrolle spielen,²¹ der Rechtsstaatsbegriff ein charakteristisches Produkt der deutschen Philosophie bzw. der Literatur des öffentlichen Rechtes ist und auch die Abänderungen ihrer Auslegung sich vor allem in diesem Bereich zeigten.²²

Auf Grund dieses Vergleichs scheint jedoch die Folgerung begründet zu sein, daß die Ideen des Rechtsstaates und der „rule of law“ als spezifische Produkte der deutschen bzw. der englischen bürgerlichen Entwicklung aus sehr ähnlichen Wurzeln stammen. Gemessen an den gemeinsamen gesellschaftlichen Bedürfnissen, d. h. der historischen Notwendigkeit der Ablösung der feudalen Gesellschaftsordnung durch den Kapitalismus, hatten sie zwar einen eigenen, in vieler Hinsicht voneinander abweichenden Weg, die Zielsetzungen und Ergebnisse zeigten jedoch im Grunde genommen mehr Ähnlichkeit und sogar Gleichheiten. Es ist daher keineswegs ein historischer Zufall, daß sich diese zwei Entwicklungslinien in unseren Tagen in vielen Beziehungen einander nähern können.²³

III

In der ungarischen Staats- und Rechtswissenschaft wurde wiederholt versucht, mittels einer kritischen Prüfung der historischen Vergangenheit deren positive und auch in der heutigen Entwicklung verwendbare Resultate aufzudecken.²⁴ Die Traditionen der Vergangenheit werden heute nicht mehr als etwaige schändliche oder durch die Vergänglichkeit endgültig überholte und demgemäß in das „Museum der Antiquitäten“ gehörende Erscheinungen betrachtet; im Gegenteil, auf Grund ihrer oft auch heute noch lebendigen Wirkung wird man veranlaßt, die Gründe dieser Wirkung zu analysieren. Diese Forschungsarbeit ist heute in Ungarn besonders aktuell, nachdem die Entwicklung — eben mit der Devise der „Modernität“ — die umfassende Neugestaltung des Staats- und Rechtssystems auf die Tagesordnung setzte.²⁵

Die Forderung nach einer Modernisierung der Gesellschaft, des staatlichen Lebens und des Rechtssystems ist keine neue Idee in den osteuropäischen Ländern, sondern sie war auch in der Vergangenheit vielmehr eine Begleiterscheinung ihrer historischen Entwicklung.²⁶

Auf Grund des Vergleichs der Entwicklung und Erscheinungsformen der Rechtsstaatsidee in England, Frankreich und Deutschland mit ihrem Schicksal im östlichen Teil unseres Kontinents kann man hier auch in den früheren Perioden der Geschichte einige spezifische und vom westlichen Modell mehr oder minder abweichende Züge finden. Wie bekannt, war in dieser Region die ganze für Westeuropa charakteristische Entwicklung viel langsamer und mit den Worten eines bedeutenden ungarischen politischen Denkers mit einem „provinziellen Charakter“ verwirklicht.²⁷ Schon die Einführung des Feudalsystems und auch die mit ihm verbundene Staatsgründung kam in diesen Ländern Europas etwas verspätet, und die neuen christlichen Staaten waren mit vielen Resten der alten Stammesorganisation belastet. Diese spezifischen Merkmale und Entwicklungstendenzen konnten auch in den späteren osteuropäischen Ständestaaten überleben, und so konnte — wenn auch die westliche Entwicklung als historisches Modell wiederholt aner-

kannt und wenigstens in ihren Hauptelementen nachgeahmt wurde — die historische Verspätung, erschwert durch die Ausdehnung und die Konsequenzen der türkischen Eroberungen niemals eingeholt werden.²⁸ Die Modernisierung ist daher eine dauernde Forderung in Osteuropa geblieben, und auch die Probleme der Rechtsstaatlichkeit können nur in diesem allgemeingültigen Rahmen untersucht werden.

Die Modernisierung gehört heute zu den sog. Modebegriffen; in den Gesellschaftswissenschaften hat man schon mehrmals versucht, diesem Begriff einen allgemeingültigen Sinn zu geben.²⁹ Alle diese Versuche stimmen darin überein, daß sie die Modernisierung als einen Prozeß betrachten, der sich auf die Verwirklichung eines „modernen“, d. h. als zeitgemäß zu betrachtenden, sozialen, wirtschaftlichen, ideologischen usw. Modells richtet. Die Erstellung eines für alle Epochen und alle Völker gültigen Modells ist jedoch unmöglich. Die neueren Auslegungen betonen eher den historischen und daher relativen Sinn der „Modernität“ und suchen hier et nunc die Aufgaben einer Modernisierung.³⁰ Unter Annahme eines solchen „historischen“ Modernitätsbegriffs kann auch die Antwort auf die Grundfragen gesucht werden, d. h., auf welche Art könnte eine bestimmte Gesellschaft oder menschliche Gemeinschaft fähig sein, sich an die ihre ganze Existenz bestimmenden und umfassenden gesellschaftlichen Entwicklungsprozesse elastisch anzupassen, bzw. auf welche Art könnte sie mit strukturellen oder funktionellen Änderungen auf die neuen Herausforderungen reagieren.³¹

Das Hauptproblem liegt darin, inwiefern die Reformen mit der früheren Entwicklung dieser Gemeinschaft, mit ihren Traditionen, mit ihrer historisch entfalteten Wertordnung, mit ihren wirtschaftlichen, politischen, kulturellen und anderen Gegebenheiten vereinbar sind. Somit handelt es sich einerseits darum, mit welchen Aussichten diese Änderungen im Rahmen einer sog. organischen Entwicklung verwirklicht werden bzw. mit welchen Mitteln die dazu fehlenden Voraussetzungen ersetzt werden können. Andererseits ist die Frage zu beantworten, auf welche Art die zurückziehenden Kräfte während des ganzen Modernisierungsprozesses bewältigt und die Ergebnisse der Reform „verwurzelt“, d. h. konsolidiert werden können. In diesem Zusammenhang verdient die Frage, inwiefern eine Modernisierung, die ungeachtet der nationalen Traditionen verwirklicht wird, zu einem dauerhaften Erfolg führen kann, eine besondere Beachtung.³² Und, last but not least, wie weit könnte ein Modernisierungsprozeß eine solche innere Erneuerung der Gesellschaft zur Folge haben, daß die neuen Erfordernisse der Entwicklung aus eigenem Antrieb durch neue Strukturen, Einrichtungen und Methoden befriedigt werden können. Eine Gesellschaft, die in diesem Sinne als „modern“ bezeichnet werden kann, wird hiernach ohne irgendeine äußere Einwirkung eine fortdauernde Erneuerung erleben und mit der Weltentwicklung Schritt halten. Dadurch wird sie über eine solche Elastizität verfügen, die eine unentbehrliche Vorbedingung des weiteren Fortschritts ist.³³

Die Modernisierung des ungarischen Rechtssystems bedeutete immerhin etwas Spezielles im Vergleich zu den meisten osteuropäischen Ländern. Das ungewöhnlich lange Weiterleben der feudalen Traditionen in Ungarn war jahrhundertlang kennzeichnend auch im Bereich des Rechts, und die Verspätung der bürgerlichen Umgestaltung der Gesellschaft beeinflusste auch das ganze Rechtsleben.³⁴ Die ungarische Rechtsentwicklung — oft auch unter ausdrücklichem Hinweis auf das

englische common law als historisches Modell — folgte nicht den neuzeitlichen europäischen Kodifikationen, weder im Privat- noch im Verfassungsrecht. Die Idee der „*laudabilis inveterata consuetudo*“, welche in der ungarischen Rechtsliteratur als eine „nationsschöpfende und erhaltende Kraft“ charakterisiert wurde,³⁵ konnte auch in der Neuzeit weiterleben und knüpfte sich fast an den Gedanken einer tausendjährigen historischen Verfassung an.³⁶ Ebenso konnte im Bereich des Zivilrechts, trotz wiederholter Kodifikationsversuche in der Gestalt nicht weniger als fünf Entwürfe in der Periode zwischen dem Ausgleich mit Österreich (1867) und dem Ende des 2. Weltkrieges,³⁷ die Kodifikation nur teilweise verwirklicht werden, und z. B. konnten die alten, aus dem Mittelalter stammenden Vorschriften des Vermögensrechts und des Erbrechts weiterleben. Aus Mangel an den wichtigsten Kodexen — geschriebene Verfassung und das Zivilgesetzbuch — hat das ungarische Rechtssystem vor 1945 dem „*ius non scriptum*“ bzw. den Organen der Rechtsanwendung eine hervorragende Rolle gewährt.³⁸ Auf Grund der „historischen“ Verfassung wurde in der Hierarchie der Rechtsquellen den Beschlüssen (*decisiones*) der Obergerichte ein selbständiger Platz gegeben und die Gleichberechtigung des Gewohnheitsrechts mit den geschriebenen Rechtsregeln durch den Gesetzgeber selbst anerkannt.³⁹

Nach dem 2. Weltkrieg hat die Gesellschafts- und Staatsentwicklung — die sowohl hinsichtlich ihren Inhaltes wie auch ihrer Form durch die Befolgung eines äußeren, d. h. sowjetischen Modells beeinflusst war — eine volle Wendung gebracht.⁴⁰ In der neuen geschriebenen Verfassung des Landes wurden die Errichtung des Sozialismus und dann des Kommunismus als wichtigste Zielsetzungen bezeichnet, die neuen Staatsorgane wurden auf Grund der sowjetischen Erfahrungen strukturiert, und die Resultate der sowjetischen Staats- und Rechtswissenschaft konnten auch die ungarische Literatur in diese Richtung beeinflussen. Als grundlegende These hinsichtlich der Umgestaltung des ungarischen Rechtssystems wurde sehr früh deklariert, daß das neue sozialistische Recht des Landes in der Form geschriebener Rechtsregeln fortentwickelt werden soll.⁴¹ Die neue sozialistische Verfassung — die erste geschriebene Verfassung des tausendjährigen ungarischen Staates — und die aufeinanderfolgenden neuen Kodifikationen haben diese grundlegende Umwälzung eindeutig verwirklicht. Auf Grund der neuen Entwicklung wurde die Rolle des Gewohnheitsrechts abgeschafft, die Aufgabe der Gerichte streng auf die Rechtsanwendung beschränkt und das positive Recht mit den Rechtsnormen, d. h. mit den durch die verfassungsmäßig gesetzgebenden Organe der neuen volksdemokratischen Staatsmacht verabschiedeten und sanktionierten Regeln, gleichgesetzt.⁴²

Dieser erste große „Durchbruch“ des Modernisierungsprozesses im Bereich des Rechts bedeutete in Ungarn inhaltlich die sozialistische Umgestaltung eines mit feudalen Traditionen belasteten bürgerlichen Rechtssystems und führte durch die Beseitigung der früheren Rolle des Gewohnheitsrechts zur Alleinherrschaft des geschriebenen Rechts und zur Monopolstellung des sozialistischen Staates im Rechtsleben.

Diese zu groß angewachsene Rolle und Macht des Staates und die Durchpolitisierung aller Sphären der Gesellschaft⁴³ hat natürlich auch die Interpretation der Rechtsstaatlichkeit beeinflusst und zu den bekannten ungünstigen Konsequenzen sowohl in der staatlichen Praxis wie auch in der sie begleitenden und rechtfertigen-

den Theorie geführt. Es ist also gar kein Zufall, daß in unseren Tagen, als den ungarischen Staats- und Rechtswissenschaftlern zur Aufgabe gemacht wurde, auf die schon oben formulierte Frage des Inhaltes und der Zielsetzung der Modernisierung eine neue, relevante Antwort zu suchen, die Probleme der Rechtsstaatlichkeit mit einem besonderen Gewicht in den Vordergrund getreten sind.

IV

Die Frage nach einer sozialistischen Rechtsstaatlichkeit wurde zum erstenmal in den sechziger Jahren in der DDR-Literatur gestellt. Die Hauptidee dieser Fragestellung war mit zweifachen Zielsetzungen, d. h. einerseits mit der Kritik der bürgerlichen Rechtsstaatsideologien und andererseits mit der Schaffung einer neuen Staatsauffassung, verbunden; man wollte dadurch eine absolute Trennung zwischen bürgerlichen Rechtsstaatsideologien und dem Begriff des sozialistischen Rechtsstaates verwirklichen.⁴⁴ Als erster Schritt in dieser Richtung wurde behauptet, daß ein im Sinne der bürgerlichen Ideologie gebrauchter Rechtsstaatsbegriff völlig inhaltsleer und folglich geeignet ist, von allen reaktionären Gruppen der Gesellschaft als eine apologetische Hülle zur Legitimierung ihrer Bestrebungen genutzt zu werden.⁴⁵ Die scharfe Abgrenzung des Begriffes eines sozialistischen Rechtsstaates gegenüber den bürgerlichen Rechtsstaatsideologien wurde daher als eine notwendige Voraussetzung für alle Fortschritte in diesem Bereich bezeichnet. Der sozialistische Rechtsstaat wurde als ein spezifischer Ausdruck des Wesens der sozialistischen Staatsmacht und Demokratie, nicht mehr als Beschränkung oder Gegensatz der Volkssouverenität, sondern als eine ihrer spezifischen Ausdrucksformen charakterisiert.⁴⁶ Der sozialistische Rechtsstaat wurde daher inhaltlich bestimmt: Er ist hinsichtlich seiner inhaltlichen Merkmale nur vom Klassenwesen und der historischen Funktion des sozialistischen Staates zu erfassen.

Man konnte von diesem Aspekt aus — ganz natürlich — gegen alle Versuche auftreten, welche die Klassenpositionen der Arbeiterklasse nicht genügend zum Ausdruck brachten. Es wurde wiederholt darauf hingewiesen, daß es besonders nötig sei, den sozialistischen Rechtsstaat vom Klassenwesen des sozialistischen Staates her zu begreifen; sonst können sich — wie ein leitender DDR-Staatswissenschaftler expressis verbis aussprach — jene bürgerlichen Auffassungen einschleichen, für die das Recht „Beschränkung unserer Macht, Maßstab unseres Staates und unserer Macht werden soll“.⁴⁷

Gegen diese Formulierung wurden auch in der damaligen sozialistischen Literatur kritische Bemerkungen verfaßt. Man hat darauf hingewiesen, daß solche Bestimmungen des sozialistischen Rechtsstaates die pragmatische Kraft des Wortes für die ideologische Auseinandersetzung und den politischen Kampf nutzbar machen und ein solches Vorgehen das Problem der Begründung der neuen, sozialistischen Theorie des Rechtsstaates natürlich nicht lösen kann.⁴⁸

Der Ausgangspunkt zu einer solchen Theorie könnte — wie darauf hingewiesen wurde — die Betonung der Wechselwirkung zwischen der funktionellen Tätigkeit des Staates und des Rechts sein. So aufgefaßt hätte die Theorie des Rechtsstaates Aussagen in dreierlei Hinsicht zu machen: erstens darüber, welche gesellschaftlichen Verhältnisse dringend der rechtlichen Normierung, der rechtlichen Regelung bedürfen; zweitens — die Grenzlinie zwischen ius und non-ius betonend — Aussa-

gen über die normative und auch nichtnormative Führungstätigkeit des Staates sowie über das Zusammenwirken der staatlich-rechtlichen und anderen — gesellschaftlichen — Führungsinstrumente; und drittens Aussagen über ein System der staatlich-rechtlichen Instrumente zur Kontrolle und Garantie der rechtlichen Normierungen.⁴⁹

Diese Hinweise konnten auch jetzt, in der Periode des Aufbaus eines modernen ungarischen Rechtsstaates als Ausgangspunkt gewählt werden. Die neue ungarische Gesetzgebung bietet dafür einen schlagenden Beweis. Im Einklang damit hat das neue Gesetz über die Rechtssetzung (1987 : XI) eine scharfe Grenzlinie zwischen den Rechtsregeln und anderen Mitteln der staatlichen Leitung gezogen. Der Ausgangspunkt zu dieser Gesetzgebung war die auch in Ungarn bekannte Normenflut oder Norminvasion,⁵⁰ welche in den meisten Fällen als eine Folge der Überschätzung der Möglichkeiten und Tragfähigkeit des Rechts charakterisiert werden kann. Wie der Gesetzgeber selbst festgesetzt hat, wurde als ein Resultat dieser Praxis nicht nur der Kreis der mit legislativen Befugnissen ausgestatteten Organe und der Untergebenen oder Adressaten, sondern auch die verbindliche Kraft der verschiedenen Normativen unsicher gemacht, was zu einer unstabilen Situation im ganzen Rechtsleben führte.

Das oben erwähnte Gesetz enthält eine grundlegende und detaillierte Regelung bezüglich der Rechtsquellen, der zentralen und der lokalen Gesetzgebung, der Bekanntmachung der Rechtsregel, der Veröffentlichung der internationalen Verträge und der Vorbereitung der neuen Gesetzgebung. Im Wortgebrauch des Gesetzes ist der Rechtssatz eine durch die Kompetenten, d. h. in der Verfassung aufgezählten Staatsorgane gesetzte und allgemein verbindliche Regelung, welche nötigenfalls durch den Staat zur Geltung gebracht wird. Demgemäß wurden alle anderen Normativen aus dem Kreis und der Hierarchie der Rechtsquellen ausgeschlossen.

Das Gesetz bestimmt und präzisiert die Rolle der gesellschaftlichen Organisationen und Interessenvertretungen in der Vorbereitung der neuen Rechtsregeln; die frühere Praxis bezüglich der sog. gesellschaftlichen Diskussionen im Falle der wichtigsten, weite Kreise der Bevölkerung angehenden Gesetzesanträgen wurde abgeschafft.

In dem Gesetz wurde — im Einklang mit den Bestrebungen nach der Ausbreitung der Rolle des Parlaments im Bereich der Gesetzgebung⁵¹ — auch der Kreis der Angelegenheiten, welche durch ein Gesetz geregelt werden sollen, bestimmt. Die sog. vertretende Rolle des Präsidialrates wurde daher abgeschafft. Diese Entwicklung wurde in den letzten Jahren durch eine Verfassungsänderung fortgesetzt, auf deren Grund der Präsidialrat selbst abgeschafft wurde (1989 : XXXI).

Unter den neuen ungarischen Rechtsregeln, welche die Bestrebungen nach dem Aufbau einer modernen Rechtsstaatlichkeit zum Ausdruck bringen, seien als die wichtigsten die aufeinander folgenden Verfassungsänderungen (1989 : XXXI, 1990 : XVI, 1990 : XXIX, 1990 : XLIV), das Gesetz über das Referendum und die Volksinitiative (1989 : XVII und 1989 : XXXIX), das neue Wahlgesetz (1989 : XXXIV), das Gesetz über die Wahl des Staatspräsidenten (1989 : XXXV), die Gesetze über das Recht auf Vereinigung (1989 : II), auf Versammlung (1989 : III), auf Aus- und Einwanderung (1989 : XXIX), das Gesetz über Auslandsreisen und Reisedokumente (1989 : XXVIII), über Gewissens- und Glaubensfrei-

heit (1990 : IV), der Regierungsbeschluß über die Pressefreiheit (58/1989 Mt.) usw. erwähnt.

Als erstes unter den mitteleuropäischen sozialistischen Ländern hat Ungarn auch das Streikrecht mit einem neuen Gesetz geregelt (1989 : VII), nach welchem der Streik in gewissen Fällen als legitim anerkannt wurde. Und — last but not least — soll das Gesetz über die Parteien erwähnt werden, nach welchem die Machtkonzentration und die monopolistische Machtausübung als verfassungswidrig und verboten deklariert wurde (1989 : XXXIII). Mit dieser neuen Regelung ist Ungarn zu den Grundprinzipien des politischen Pluralismus zurückgekehrt, dessen verfassungsrechtliche Konsequenzen — die Montesquieusche „séparation des pouvoirs“ — in der Verfassung verankert wurden.

Das ungarische Parlament hat in den letzten Jahren auch wichtige Garantien der Rechtsstaatlichkeit ins Leben gerufen. Neben den Änderungen im Bereich des Strafrechts und Strafprozeßrechts soll hier das Gesetz über das Verfassungsgericht (1989 : XXXII) als wichtigstes erwähnt werden.

Man muß gestehen, daß die Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst immer fremd für das ungarische juristische Denken war. Vor dem Zweiten Weltkrieg hatte Ungarn — wie erwähnt wurde — keine geschriebene Verfassung; danach — auf Grund der sozialistischen Rechtsauffassung — war es ganz unbedenklich, sogar eine „contradictio in adiecto“, ein Kontrollorgan über das Parlament als Verkörperung der Macht des Volkes zu stellen.

Gegen diese in der sozialistischen Rechtsauffassung wurzelnde Doktrin wurden die ersten Initiativen in Form eines Gesetzes über den Verfassungsrechtlichen Rat im Jahre 1984 eingesetzt (1984 : I). Das Gesetz hat ein neues Organ geschaffen, welches schon einige Elemente der Verfassungsgerichtsbarkeit im westlichen Sinne enthielt, dessen Tätigkeit jedoch dem Parlament völlig untergeordnet war.⁵² Als wichtigste Garantie der Rechtsstaatlichkeit konnte dann auch die Durchführung aller Rechtsregeln und anderer Normativen — mit Ausnahme der Rechtsregeln, verabschiedet durch das Parlament oder den Präsidialrat, ferner der Direktiven des Obersten Gerichts — im Fall ihrer Verfassungswidrigkeit durch den Verfassungsrechtlichen Rat eingestellt werden. In der Frage der Verfassungswidrigkeit oblag die Entscheidung letzten Endes dem Parlament.

Jetzt hat die Verfassungsänderung vom Jahre 1989 und auf deren Grund das Gesetz vom 30. Oktober 1989 (1989 : XXXII) ein Verfassungsgericht völlig nach westlichem Modell geschaffen. Dieses Organ, dessen Präsident, Vizepräsident und dreizehn Mitglieder durch das Parlament gewählt werden, hat wichtige Befugnisse im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Mitglieder des Gerichts sollen aus den Reihen hochqualifizierter Juristen, d. h. Rechtsgelehrten, Universitätsprofessoren oder Juristen mit wenigstens 20 Jahre Rechtspraxis, gewählt werden. Sie dürfen nicht Mitglieder des Parlaments oder der lokalen Räte, Angestellte staatlicher Organe, Parteimitglieder oder Leiter der Gewerkschaften oder anderer Interessenvertretungen sein, und im allgemeinen dürfen sie keine außeramtliche politische Tätigkeit ausüben. Sie sind völlig unabhängig, sie treffen Entscheidungen auf Grund der Verfassung und der Gesetze. Sie besitzen dieselbe Immunität wie die Abgeordneten, d. h. jegliche Beschränkungen ihrer persönlichen Freiheit, jegliche Rechtsverfahren oder -verfolgungen gegen sie sind nur mit der Zustimmung der

Plenarsitzung des Verfassungsgerichts zulässig; sie können für ihre amtliche Tätigkeit nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Die wichtigsten Befugnisse des Verfassungsgerichts sind:

a) Die vorherige Prüfung der Gesetzesvorlagen, der verabschiedeten aber noch nicht verkündeten Gesetze, der Geschäftsordnung des Parlaments und der internationalen Abkommen. Das Verfahren kann bezüglich der Gesetzesvorlagen durch das Parlament, dessen ständige Kommissionen, wenigstens fünfzig Abgeordneten, den Präsidenten der Republik und durch die Regierung (Ministerrat), bezüglich der verabschiedeten, aber nicht verkündeten Gesetze durch den Präsidenten der Republik, bezüglich der Geschäftsordnung des Parlaments durch das Parlament selbst und bezüglich der internationalen Abkommen durch das Parlament, den Präsidenten der Republik und durch die Regierung vorgeschlagen werden.

b) Die nachträgliche Prüfung der Rechtsnormen und anderer Mittel der staatlichen Leitungstätigkeit. Das Verfahren kann durch jedermann vorgeschlagen werden.

c) Die Beurteilung der Verfassungsbeschwerden. Das Verfahren kann auch durch jedermann vorgeschlagen werden.

d) Die Interpretierung der Verfassungsregeln. Das Verfahren kann durch das Parlament, dessen ständige Kommissionen, den Präsidenten der Republik, durch die Regierung (Ministerrat) oder deren Mitglieder, den Präsidenten des Obersten Gerichts, den Generalstaatsanwalt und den Präsidenten eines neuen Staatorgans, des Staatlichen Rechnungshofes, vorgeschlagen werden.

Das Verfassungsgericht entscheidet in Plenarsitzung oder in der Besetzung mit drei Verfassungsrichtern. Die Detailfragen sind entweder im Gesetz oder in der Geschäftsordnung des Gerichts geregelt.

Was nun das Verfahren und die Entscheidungen des Verfassungsgerichts in den einzelnen, zu seiner Kompetenz gehörenden Fällen betrifft, werden die verfassungswidrigen Teile der Gesetzesvorlagen, der verabschiedeten aber noch nicht verkündeten Gesetze oder der Geschäftsordnung des Parlaments auf Grund der Entscheidung des Verfassungsgerichts durch das Parlament für nichtig erklärt. Die internationalen Abkommen können nicht ratifiziert werden, solange sie in ihren durch das Verfassungsgericht als verfassungswidrig erklärten Teilen nicht modifiziert oder völlig abgeschafft werden. Wenn das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit der Gesetze oder anderer Mittel der staatlichen Leitungstätigkeit feststellt, ist es ermächtigt, diese Regelungen völlig oder in deren angegriffenen Teilen für nichtig zu erklären.

Die Entscheidungen und die Verfassungsinterpretationen des Verfassungsgerichts sind endgültig, gegen sie gibt es keine Möglichkeit zur Berufung. Sie müssen im Gesetzblatt (Magyar Közlöny) publiziert werden.

Das Verfassungsgericht begann seine Tätigkeit am 1. Januar 1990. Auf Grund einer interessanten und charakteristischen gesetzlichen Regelung wurden nur fünf Verfassungsrichter — der Vizepräsident und vier Richter — durch das alte Parlament gewählt; fünf weitere Richter wurden nach den Parlamentswahlen durch das neue Parlament gewählt, und die zehn Mitglieder des Gerichts wählten aus ihrer Reihe den Präsidenten. Die letzten fünf Richter werden alle fünf Jahre für das Verfassungsgericht durch das Parlament neu gewählt werden.

Wie aus dem Gesagten hervorgeht, haben die ungarischen Gesetzgeber in den letzten Jahren zur Schaffung einer neuen Rechtsstaatlichkeit viel beigetragen. Es ist auch offensichtlich, daß sie in diesen Bestrebungen mehrmals den westlichen Traditionen gefolgt sind. Die Frage steht offen, wie die neuen Institutionen und Verfahren den Forderungen der Modernisierung in dem schon erwähnten Sinne des Wortes angemessen sein können. Es kann kaum bezweifelt werden, daß im ganzen ungarischen Modernisierungsprozeß jetzt nicht die Elemente der Kontinuität, sondern jene der Diskontinuität die Hauptrolle spielen und dieser Umstand aller Wahrscheinlichkeit nach die weitere Entwicklung wesentlich beeinflussen wird. Es ist unsere überzeugte Meinung, daß Ungarn auf dem angetretenen Weg in Richtung einer echten Rechtsstaatlichkeit erfolgreich weitergehen wird.

Anmerkungen

¹ Angermann, E.: Robert von Mohl. Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten. Neuwied 1962, S. 95 f.

² Seagle, W.: Weltgeschichte des Rechts. München und Berlin 1958, S. 329—330.

³ Péteri, Z.: Sulla cosiddetta „Rule of Law“. *Democrazia e diritto*, No. 1/1960, S. 3 f.

⁴ Carlyle, A. J.: *Political Liberty*. Liverpool and London 1963, S. 170 ff.

⁵ Péteri, Z.: Citizens' Rights and the Natural Law Theory. In: *Socialist Concept of Human Rights*. Budapest 1966, S. 93 ff.

⁶ Maritain, J.: *Man and the State*. Phoenix Book, Chicago 1951, S. 84 ff.

⁷ Meister, R.: *Das Rechtsstaatsproblem in der westdeutschen Gegenwart*. Berlin 1966, S. 11 ff.

⁸ Dicey, A. V.: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Fourth edition, London 1893, S. 183 ff.

⁹ Friedmann, W.: *Law and Social Change in Contemporary Britain*. London 1951, S. 285 ff.

¹⁰ Boulrier, J.: *Le droit au-dessus de la règle de droit*. Bruxelles 1958.

¹¹ La déclaration des droits de l'homme et du citoyen présentée par S. Rials. Hachette, Paris 1988.

¹² Maus, I.: Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats. In: Tohidipur, M. (Hrsg.): *Der bürgerliche Rechtsstaat*. Frankfurt am Main 1978, S. 17.

¹³ Preuß, U. K.: Nachträge zur Theorie des Rechtsstaats. In: Tohidipur: a.a.O., S. 82 ff.

¹⁴ Böckenförde, E. W.: Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs. In: *ders.: Staat—Gesellschaft—Freiheit*. Frankfurt am Main 1976, S. 65 ff.

¹⁵ Pound, R.: *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*. New Haven and London 1957, S. 1—54.

¹⁶ Kant, E.: *Zum ewigen Frieden*. Leipzig 1984, S. 7 ff.

¹⁷ Westphalen-Fürstenberg, E.: *Das Problem der Grundrechte*. Wien 1935, S. 11.

¹⁸ Heller, H.: Rechtsstaat oder Diktatur? In: *Gesammelte Schriften*. Zweiter Band, Leiden 1971, S. 443 ff.

¹⁹ Harvey, J., Bather, L.: Über den englischen Rechtsstaat. Die „rule of law“. In: Tohidipur: a. a. O., S. 366 ff.

²⁰ Neumann, F.: Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Sozialismus. In: Tohidipur: a. a. O., S. 118 ff.

²¹ O'Higgins, P.: *Cases and Materials on Civil Liberties*. London 1980, S. 1.

²² Thoma, R.: Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft. In: Tohidipur: a. a. O., S. 502 ff.

²³ Für verschiedene Aspekte des Problems siehe die Veröffentlichung „Accès à la justice et État-providence“ sous la direction de M. Cappelletti, Paris 1984.

²⁴ Kovács, I.: Du droit public hongrois au droit constitutionnel socialiste hongrois. *Acta Iuridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, 29/1987, S. 321 ff.; Péteri, Z.: Änderungen in der Konzeption der

Grundrechte in Ungarn. In: *Bönninger, K., Wagner, I., van Wissen, G.: Menschenrechte in unserer Zeit.* Arnheim-Deventer 1990, S. 180 ff.

²⁵ *Kulcsár, K.: A modernizáció fogalma és helye a kelet-közép-európai fejlődésben (Begriff und Platz der Modernisierung in der ostmitteleuropäischen Entwicklung).* In: *A modernizáció és a magyar társadalom (Modernisierung und die ungarische Gesellschaft).* Budapest 1986, S. 14 ff.

²⁶ *Bibó, I.: A keleteurópai kisállamok nyomorúsága (Das Elend der osteuropäischen kleinen Länder).* In: *Válogatott tanulmányok. Második kötet (Ausgewählte Schriften. Zweiten Band).* Budapest 1986, S. 185 ff.

²⁷ Ebd., S. 491 ff.

²⁸ *Szűcs, J.: Vázlat Európa három történeti régiójáról (Abriß über die drei historischen Regionen in Europa).* Budapest 1983, S. 58 ff.

²⁹ *Levy, M.: Modernization: Latecomers and Survivors.* New York 1972, S. 3.

³⁰ *Kulcsár:* a. a. O.

³¹ *Péteri, Z.: Les exigences de la modernisation et le développement socialiste du droit en Hongrie.* In: *Law in East and West.* Tokyo 1988, S. 89 ff.

³² *Watson, A.: Legal Transplants.* Edinburgh 1974, S. 21 ff.

³³ *Péteri, Z.: La modernisation et le droit socialiste hongrois.* In: *La modernisation du droit.* Beograd 1990, S. 26.

³⁴ *Szabó, I.: L'évolution du droit de la démocratie populaire hongroise.* *Acta Iuridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 13/1961, S. 1 ff.

³⁵ *Timon, Á.: Magyar alkotmány- és jogtörténet (Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte).* Budapest 1917, S. III ff.

³⁶ *Kovács, I.: The Development of the Constitution of the Hungarian People's Republic.* In: *Szoboszlai, Gy. (ed.): Politics and Public Administration in Hungary.* Budapest 1989, S. 3 ff.

³⁷ *Das ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien.* Ed. *F. Mádl,* Budapest 1963.

³⁸ *Eörsi, Gy.: Richterrecht und Gesetzesrecht in Ungarn.* *Rabels Z.* 30/1966, S. 30 ff.

³⁹ *Peschka, V.: The Relation of Written and Unwritten Sources of Law in Contemporary Hungarian Legal System.* In: *Péteri, Z. (ed.): Droit hongrois — droit comparé.* Budapest 1970, S. 13 ff.

⁴⁰ *Szabó, I.: Die Entwicklung des sozialistischen Rechtswesens in Ungarn.* In: *Studien zur ungarischen Wirtschaft. Politik und Kultur.* Bd. 1, Budapest 1966, S. 78 ff.

⁴¹ *Szabó, I.: Über die Besonderheiten der Entwicklung des Rechts in der Ungarischen Volksrepublik.* *Rechtswissenschaftlicher Informationsdienst,* Berlin 24/1957, S. 743 ff.

⁴² *Kovács, I.: La notion de la loi, l'organisme législatif et les matières législatives dans le système de droit actuel de Hongrie.* In: *Péteri, Z. (ed.): Études en droit comparé.* S. 11 ff.

⁴³ *Péteri, Z.: The Socialist State: Changes in its Economic and Political Functions.* In: *Kulcsár, K. (ed.): The Role of the State in Social Transformation under the Impact of the World Crisis: The Case of East Central Europe.* Budapest 1986, S. 157 ff.

⁴⁴ *Meister:* a. a. O.

⁴⁵ *Polak, K.: Rechtsstaat und Demokratie.* In: *Beiträge zur Demokratisierung der Justiz.* Berlin 1948, S. 61 ff.

⁴⁶ *Melzer, H.: Zur Beurteilung der historischen Funktion der bürgerlichen Rechtsstaatslehren im 19. Jahrhundert und zur Frage einer Theorie vom sozialistischen Rechtsstaat.* In: *Illusion und Wirklichkeit des Rechtsstaates. Überarbeitetes Protokoll der wissenschaftlichen Konferenz: Zur Funktion der bürgerlichen Staatsideologien in der formierten Gesellschaft des staatsmonopolistischen Kapitalismus in Westdeutschland.* Berlin 1968, S. 231 ff.

⁴⁷ Siehe das Schlußwort von *K. H. Schöneburg* in der oben erwähnten Konferenz. In: *Illusion und Wirklichkeit des Rechtsstaates,* S. 241.

⁴⁸ *Mollnau, K. A.: Zum Begriff des sozialistischen Rechtsstaates.* In: *Illusion und Wirklichkeit des Rechtsstaates,* S. 136.

⁴⁹ Ebenda, S. 136—137.

⁵⁰ *Péteri, Z.: Juridical Inflation and Development of Norms.* In: *Rácz, A. (ed.): Études de droit constitutionnel hongrois.* Budapest 1987, S. 99 ff.

⁵¹ *Péteri, Z.: Problems of the Legislative Process in the Socialist Countries of Europe.* In: *Pizzorusso, A. (ed.): Law in the Making.* Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1988, S. 306 ff.

⁵² *Kovács, I.: From the Constitutional Law Council to the Constitutional Court.* Budapest 1989.

Le gouvernement d'assemblée et la démocratie

PAVLE NIKOLIĆ

La question essentielle de la véritable démocratie est la participation réelle des citoyens au processus de la décision politique et à l'exercice du pouvoir en général. Pourtant, et c'est un fait généralement connu, il faut distinguer la participation des citoyens à ce processus par le référendum et autres formes de déclaration personnelle des citoyens (formes de démocratie directe) de la participation qui se réalise par l'intermédiaire des mécanismes déterminés (organes représentatifs, etc.).

Dans ce second cas, et c'est le sujet de la présente étude, la véritable démocratie doit impérativement reposer sur l'exigence que le citoyen ne peut être seulement l'électeur et l'observateur passif du processus de la décision politique et de l'exercice du pouvoir, mais doit devenir (et rester) le participant engagé, sujet actif de ce processus. La démocratie inévitablement perd sa véritable signification et sa valeur si le citoyen n'est pas l'acteur décisif dans le processus susmentionné. C'est d'une importance particulière dans les conditions contemporaines de fonctionnement du système politique qui, en nombre de pays, est caractérisé par une politisation de plus en plus prononcée des couches les plus vastes du peuple. C'est de là que résultent aussi les demandes d'une participation politique réelle des citoyens en vue d'assurer l'influence décisive sur l'exercice de ce processus, là et alors, où et quand les citoyens ne peuvent pas décider personnellement et directement.

Par conséquent, dans les conditions de l'impossibilité de constituer le processus politique basé exclusivement sur les formes de déclaration directe (personnelle) des citoyens, la question cardinale et vitale de la démocratie est de trouver les moyens et d'établir le mécanisme qui pourrait assurer non seulement la représentation des intérêts des citoyens et du peuple en général, mais aussi leur influence décisive sur le processus de la décision politique c.-à-d. sur l'exercice du pouvoir.

I

La convenance du gouvernement d'assemblée à la démocratie

Le caractère démocratique du gouvernement d'assemblée, basé sur le principe de la véritable unité démocratique du pouvoir est incontestable. Ce fait est indiqué sans équivoque par la convenance de son mécanisme pour la réalisation de la

démocratie et cela précisément dans cette dimension de celle-ci qui ne se réalise pas par les formes de déclaration et de décision personnelle et directe.¹ On pourrait affirmer à juste titre que la véritable démocratie présuppose la mise en œuvre du gouvernement d'assemblée.

1. C'est un fait connu que le corps représentatif représente le moyen le plus approprié à la réalisation de la volonté et la souveraineté du peuple (à la réserve de la forme de la démocratie directe).² On a observé dans la théorie que la question centrale du système constitutionnel d'un Etat démocratique est précisément la question de la formation, de la place et du fonctionnement des corps représentatifs.³ Ces corps sont indubitablement des organes plus démocratiques que les organes du pouvoir exécutif et ceux des autres qui n'ont ni ne peuvent avoir une telle base démocratique que les corps représentatifs.

Il n'est pas nécessaire de souligner que le caractère démocratique des corps représentatifs se manifeste dans l'éligibilité et la révocabilité de leurs membres, mais aussi dans le contrôle beaucoup plus direct et plus complet de leur travail par les électeurs. Il n'est pas nécessaire, non plus, de mettre en relief que les membres des corps représentatifs sont liés, dans une plus grande mesure, par la responsabilité aux électeurs que ne le sont d'autres organes électifs, et d'autant plus ceux qui ne sont pas électifs.⁴ En outre, les corps représentatifs sont toujours, par la nature des choses, dans un rapport moins direct avec les organes bureaucratiques que ne l'est l'exécutif, si celui-ci n'est pas bureaucratisé lui-même. Au caractère démocratique des corps représentatifs contribue tout particulièrement le fait que ceux-ci sont, dans une beaucoup plus grande mesure, des représentations de tous les groupes sociaux (classes, couches), que ne le sont et ne peuvent être des organes du pouvoir exécutif. Par ce fait même, l'influence de tous ces groupes sociaux est incontestablement plus grande sur les corps représentatifs que sur les organes de l'exécutif. Inversement, dans le pouvoir exécutif, en règle générale, les cercles plus restreints des groupes sociaux, les comités du parti et la bureaucratie peuvent s'exprimer plus facilement.

Par conséquent, à la souveraineté du peuple correspond le raffermissement de la position et du rôle des corps représentatifs, car c'est par là qu'on atteint, d'une manière plus complète et plus efficace, l'implication des citoyens dans le processus de la décision politique et de l'exercice du pouvoir, de même que l'on soumet le mécanisme du pouvoir tout entier d'une manière plus directe au contrôle du peuple. Et tout cela d'autant plus que le raffermissement de la position et du rôle du corps représentatif présuppose l'affaiblissement du pouvoir exécutif et sa subordination aux corps représentatifs, comme le recommande la conception connue du pouvoir exécutif comme « agent de la législative ». En éliminant l'exécutif comme branche particulière et indépendante du pouvoir, on écarte, dans le mécanisme du pouvoir, l'obstacle à la liaison plus étroite des citoyens et du processus de l'exercice du pouvoir.

L'affirmation des corps représentatifs et l'affaiblissement de l'exécutif, considérés d'une manière généralisée, mènent précisément à la constitution du gouvernement d'assemblée, basé sur le principe de l'unité démocratique du pouvoir qui, justement de cette façon-ci, satisfait aux exigences de la démocratie pour une influence décisive des citoyens dans le processus de la décision politique et de l'exercice du pouvoir. Cela signifie alors que le gouvernement d'assemblée comme

mécanisme de la répartition des fonctions du pouvoir et du rapport entre la législative et l'exécutif est l'instrument pour l'implication des citoyens dans le processus susmentionné de la décision politique, approprié, en principe, à la démocratie, c.-à-d. à contribuer à son développement.

2. Cependant, dans la théorie sont répandues aussi des opinions différentes. Ces opinions se rangent à partir de la contestation des capacités des corps représentatifs jusqu'à une pleine affirmation de l'exécutif.

Ainsi, avant tout, considère-t-on que les corps représentatifs ne sont pas en état de faire tout et de gouverner efficacement, vu que ce sont des corps nombreux et, en principe, déchirés par les discordes entre les partis politiques, etc. On considère, aussi, que la position centrale du corps représentatif et la concentration du pouvoir dans ses mains sont contraires à l'essence du système représentatif même et qu'ils peuvent même mener à sa toute-puissance et dictature.⁵

Il arrive assez souvent qu'à de telles opinions viennent s'ajouter les conceptions sur la nécessité de l'existence, outre le corps représentatif, aussi des autres organes qui ne lui seraient subordonnés, afin d'atteindre l'équilibre des «pouvoirs». Ces conceptions résultent, en pratique, ou bien se rattachent à la théorie de la séparation des pouvoirs dans laquelle on voyait, de mémoire d'homme, un barrage contre la dictature, c.-à-d. la condition de la liberté et de la démocratie. La séparation des pouvoirs, comme on le sait, était la base pour la constitution des systèmes parlementaire et présidentiel. Pourtant, un pas seulement plus loin de ces conceptions était le point de vue sur la nécessité du raffermissement de l'exécutif comme condition indispensable de la démocratie moderne. C'est la conception de l'exécutif fort et de sa «primauté» politique. Dans le cadre de cette conception sont connus aussi les points de vue sur l'exécutif comme «la plus grande force créatrice de la démocratie nouvelle» (B. Mirkine-Guetzévitch), comme instrument pour l'écartement de la crise de la démocratie, moyen de son fonctionnement et son développement.⁶ Cependant, de telles conceptions peuvent être motivées aussi par les idées fascistes⁷ et, comme la pratique du développement d'une série des pays socialistes l'a démontré, l'idée de l'exécutif fort était le support du gouvernement bureaucraté et aliéné, même dictatorial.

3. L'idée du principe de l'unité démocratique du pouvoir et du gouvernement d'assemblée apparaît, comme la pratique historique le démontre, dans les périodes historiques dans lesquelles on effectue des changements radicaux et révolutionnaires ou, du moins, des changements importants socio-économiques et politiques, orientés vers l'établissement et le développement de la démocratie. De telles périodes existaient au temps de la révolution française, après les guerres religieuses et sécessionnistes en Suisse, au temps de la révolution d'octobre, au temps qui suivit immédiatement la première guerre mondiale, au temps de la révolution socialiste en Yougoslavie, au temps après la deuxième guerre mondiale dans les pays où l'on a, réellement ou formellement, établi le pouvoir de la classe ouvrière, etc.

A la base de toutes les aspirations à la véritable démocratie reposait nécessairement la tendance vers la création et le renforcement des corps représentatifs, le raffermissement de leur position et rôle comme représentants directs et réels du peuple, comme moyen d'impliquer les citoyens dans le processus de la décision politique et de l'exercice du pouvoir en général. En même temps, c'était aussi la

tendance à affaiblir, et même à rompre l'exécutif qui, par sa nature même, n'avait, ni ne pouvait pas avoir un tel rôle.

Tout cela confirme la vieille vérité que le système politique (ou quelque autre système) ne naît pas des spéculations abstraites nues et exclusivement des postulats théoriques, mais des conditions historiques déterminées et des rapports sociaux concrets. Précisément c'est dans ces conditions et rapports que se trouvaient les causes fondamentales de l'établissement du gouvernement d'assemblée. Une autre question, cependant, est de savoir pour quelle raison ces tentatives n'amenèrent qu'exceptionnellement à l'établissement d'un véritable gouvernement d'assemblée.

II

L'échec du gouvernement d'assemblée en pratique

Par comparaison aux systèmes parlementaire et présidentiel, le gouvernement d'assemblée, basé sur le principe de l'unité démocratique du pouvoir, avait un succès incomparablement plus petit dans la pratique de l'évolution de l'Etat moderne. Pratiquement, ce type du système du pouvoir était appliqué rarement et même alors certaines des réalisations historiques du gouvernement d'assemblée ne duraient que peu de temps. Plus grand est le nombre des tentatives ratées d'établir le gouvernement d'assemblée, mais le nombre des pays qui se sont déterminés formellement pour l'unité démocratique du pouvoir comme principe fondamental de l'organisation du pouvoir, tandis qu'ils en déviaient grossièrement en pratique (ou même selon la Constitution même), n'est pas négligeable non plus. Tout cela parle alors de l'échec du gouvernement d'assemblée dans la pratique de l'Etat moderne.

1. Dans une plus grande mesure, c.-à-d. d'une manière plus conséquente, le gouvernement d'assemblée ne s'est développé qu'en quelques pays au cours de l'histoire assez longue déjà de l'Etat moderne. Comme réalisations du véritable gouvernement d'assemblée, peuvent être considérés le gouvernement conventionnel en France (1792-1795), le système de la Commune de Paris (1871), le système en Suisse (à partir de l'année resp. 1848 et 1874), le système en Yougoslavie (1953-1974, plutôt selon la Constitution et moins en pratique, particulièrement à cause de l'existence du système de parti unique et du monopole politique de la Ligue des communistes de Yougoslavie), et aussi les systèmes prévus par la Constitution montagnarde de l'année 1793 et par quelques autres projets des constitutions.⁸ Ces derniers temps on pourrait parler de la Suisse seulement, et éventuellement de la Yougoslavie, comme pays à gouvernement d'assemblée et même dans ces pays-ci avec des divergences concernant la conception du gouvernement d'assemblée, surtout en Yougoslavie.

L'inconséquence fondamentale dans l'application du gouvernement d'assemblée en Suisse, dans la pratique de la période écoulée est le raffermissement effectif du Conseil fédéral en tant qu'organe exécutif de l'Assemblée fédérale. Ce raffermissement est causé surtout par le droit du Conseil fédéral de promulguer les actes

normatifs ayant la force de loi, par quoi il empiétait, dans une assez grande mesure, sur le pouvoir législatif de l'Assemblée. Ce droit du Conseil fédéral n'a pas de base dans la Constitution de la Confédération Helvétique, mais il a résulté des autorisations que donnait au Conseil l'Assemblée fédérale même dans les différentes périodes de l'histoire récente de ce pays. Par ses décisions, l'Assemblée fédérale autorisait le Conseil de faire, en cas d'urgence, des règlements qui remplacent les lois. Le Conseil donnait aussi les règlements dits « de police » qui étaient *ultra*, et même *contra legem et constitutionem*. La pratique montre qu'il y avait des cas où le Conseil faisait ces règlements même sans autorisation préalable de l'Assemblée fédérale. L'Assemblée ne faisait alors que confirmer ultérieurement de tels règlements. Nul doute qu'une telle action du Conseil fédéral raffermissait sa position et son influence dans le système, mais il reste la question de fait, si et quand le Conseil avait perdu le caractère d'organe exécutif et obtenu la position prépondérante dans le système.⁹

Bien que la détermination pour le principe de l'unité démocratique du pouvoir en Yougoslavie date encore de la période de la révolution socialiste, le gouvernement d'assemblée dans ce pays n'a commencé à être appliqué réellement qu'après la promulgation de la Loi constitutionnelle de l'année 1953. Cette conception, conçue d'une manière relativement conséquente, fut grossièrement violée par l'établissement de la Présidence de la RSFY comme chef d'Etat collégial (1971–1974). Etablie surtout en fonction du soi-disant « aspect nouveau du fédéralisme yougoslave » qui, en pratique, était et est resté imprégnée d'éléments prépondérants du confédéralisme (à partir de 1971–1974), la Présidence de la RSFY a été créée comme un organe entièrement autonome avec une position très prononcée et forte dans l'organisation de la fédération et comme centre exceptionnellement fort de la puissance politique en dehors de l'Assemblée de la RSFY. C'est l'organe que l'Assemblée de la RSFY n'élit ni n'a le droit de révoquer et dont les membres ne sont pas responsables devant l'Assemblée de la RSFY. La Présidence peut, dans des cas exceptionnels, même dissoudre l'une ou l'autre chambre de l'Assemblée de la RSFY (à la vérité, avec la cassation de son propre mandat), tandis que l'Assemblée ne dispose d'aucun moyen pour exercer une influence sur l'activité de la Présidence.

Cependant, certaines déviations du principe de l'unité démocratique du pouvoir en Yougoslavie se reflètent aussi dans le droit du Conseil exécutif fédéral comme organe exécutif de l'Assemblée de la RSFY de donner la démission collective et de poser la question de confiance devant l'Assemblée ainsi que, dans une certaine mesure, dans ce qu'on nomme « l'autorisation générale » du Conseil exécutif fédéral, d'adopter les règlements et autres actes normatifs pour la mise en oeuvre des lois fédérales. Une déviation visible est aussi la connexion personnelle entre le Conseil exécutif fédéral et les organes de l'administration, ce qui introduit dans la structure du Conseil l'élément de structure du gouvernement classique.¹⁰

2. On connaît, dans l'histoire de l'Etat moderne, surtout dans la période à partir de la fin de la première guerre mondiale, le cas des tentatives manquées d'établir le gouvernement d'assemblée. Plus précisément, il s'agit des pays dans lesquels sont établis les systèmes du pouvoir qui, dans une mesure déterminée, possédaient des éléments du gouvernement d'assemblée. Pourtant, il est difficile d'affirmer que dans ces pays-ci il y avait une forte intention d'établir le gouverne-

ment d'assemblée. Tout simplement, des systèmes possédant de telles caractéristiques ont été prévus par les Constitutions. C'était le cas dans certains petits Etats allemands après la première guerre mondiale, en Estonie (Constitution de l'an 1920), en Lettonie (Constitution de l'an 1922), en Lituanie (Constitution de l'an 1922), mais aussi plus tard — en France (Constitution de l'an 1946), etc.

Un cas plus intéressant est présenté par les pays qui se sont décidés, du point de vue de l'idéologie et de la Constitution, pour l'unité démocratique du pouvoir (dans la plupart de ceux-ci on ne mentionne ni n'utilise la notion et le terme du gouvernement d'assemblée).¹¹ Pourtant, malgré une telle détermination, les Constitutions mêmes de ces pays ont grossièrement violé l'idée de l'unité démocratique du pouvoir, pour s'éloigner, en pratique, dans une mesure encore plus drastique, de cette idée. Ce sont les pays socialistes dans lesquelles se déroulent, ce dernier temps, d'importantes transformations sociales et de l'Etat.

L'idée fondamentale de l'unité démocratique du pouvoir — les corps représentatifs sont les organes suprêmes du pouvoir — a trouvé sa place dans les Constitutions de tous ces pays et par là est (formellement) établie la base pour la constitution du gouvernement d'assemblée. En outre, les corps représentatifs sont qualifiés comme organes (uniques) du pouvoir législatif et on leur a aussi donné de nombreuses autorisations envers les autres organes (élection, révocation, etc.), tandis qu'à ces autres organes n'ont été donnés des autorisations, telles ou analogues, envers les corps représentatifs. Si de telles solutions constitutionnelles sont pleinement en harmonie avec l'idée de l'unité démocratique du pouvoir (et du gouvernement d'assemblée), le fait de donner aux organes exécutifs et autres le droit de prendre directement part à l'exercice du pouvoir législatif par l'adoption des actes normatifs ayant force de loi, représente une déviation drastique de l'idée susmentionnée, en pratique c'est sa négation. Cette déviation n'est pas, pourtant, faite dans une mesure égale et de façon identique dans tout ces pays.

Les autorisations les plus vastes dans l'exercice du pouvoir législatif appartiennent au Comité permanent du Congrès National Populaire dans la R. P. de Chine. Le pouvoir législatif dans ce pays est exercé, comme le détermine explicitement la Constitution même, par le Congrès National Populaire et son Comité permanent. Cet organe adopte et modifie les lois (sauf celles qui sont votées par le Congrès), adopte les compléments et changements de lois votées par le Congrès, lorsque celui-ci ne siège pas, sans violer les principes fondamentaux de ces lois, interprète les lois, décide de la ratification et dénonciation des traités internationaux et des accords importants. Une situation analogue existe aussi dans la République Démocratique Populaire de Corée : le Comité permanent de l'Assemblée Populaire Suprême décide des lois aux temps où l'Assemblée ne siège pas, avec la confirmation ultérieure de la part de cette Assemblée, modifie les lois aux temps où l'Assemblée ne siège pas, avec la confirmation ultérieure de cette Assemblée, interprète les lois en vigueur. Le Conseil d'Etat de la République Populaire de Bulgarie a disposé aussi de droit de modifier et amender, par décrets, les dispositions particulières des lois (en cas d'urgence et avec obligation de soumettre ces décrets à la confirmation au Sobranié Populaire), de donner les interprétations des lois, obligatoires pour tous, ainsi que de ratifier et de dénoncer les traités internationaux. D'autorisations presque identiques a disposé aussi le Présidium du Soviet Suprême en l'URSS : d'introduire en cas de l'indispensabilité, les modifications

dans les textes législatifs en vigueur, de donner l'interprétation des lois de l'URSS, de ratifier et de dénoncer les traités internationaux.¹²

Dans la plupart des autres pays socialistes, de tels organes (Conseil d'Etat de Cuba, Conseil de la Présidence en Hongrie, Conseil d'Etat en Pologne, Conseil d'Etat en Roumanie, Présidence de l'Assemblée fédérale et Président de la République en Tchécoslovaquie) disposent, ou bien ont disposé d'autorisation d'adopter des actes ayant la force de loi en forme de règlement ayant la force de loi, de décrets-lois, de mesures légales, etc., avec l'obligation de les soumettre ultérieurement à la confirmation du corps représentatif. Dans la plupart de ces pays, ces organes interprètent les lois et ratifient les traités internationaux.¹³ Certaines de ces autorisations existent dans quelques autres pays : Albanie (Présidium de l'Assemblée Populaire), Mongolie (Présidium du Grand Hural Populaire), dans la République socialiste de Viet-Nam (Conseil d'Etat).¹⁴ En son temps, la Constitution de la RSFSR de l'an 1918, la Constitution de l'URSS de l'an 1936, ainsi que la Constitution de la Yougoslavie de l'an 1946 contenaient presque les mêmes solutions.

Par conséquent, les corps représentatifs dans les pays susmentionnés ne sont (n'étaient pas) les protagonistes uniques et exclusifs du pouvoir législatif, de même que les lois que votent (que votaient) les corps représentatifs ne sont (n'étaient) pas les seules actes ayant force de loi. Cette violation de l'idée de l'unité démocratique du pouvoir est d'autant plus grande que dans quelques uns des pays susmentionnés les organes cités effectuent aussi le contrôle de la constitutionnalité des lois votées par les corps représentatifs.

III

L'échec de la démocratie — l'échec du gouvernement d'assemblée

Vu le caractère démocratique du gouvernement d'assemblée, c.-à-d. sa convenue à la démocratie, la constatation de l'application ratée du gouvernement d'assemblée dans la pratique du développement de l'Etat moderne, provoque l'étonnement. Cependant, la cause de cet échec du gouvernement d'assemblée réside, en fin de compte, dans le succès insuffisant, et même dans l'insuccès de la démocratie même comme forme de système politique. Autant qu'il est exact que le gouvernement d'assemblée correspond et contribue à la démocratie, dont on a déjà parlé, autant il est exact aussi que l'établissement et le fonctionnement du gouvernement d'assemblée dépend des conditions qui se rattachent au système politique démocratique.

1. Ainsi, dans les régimes dictatoriaux et autres régimes autoritaires des Etats bourgeois, le gouvernement d'assemblée, par la nature des choses, n'a pas pu ni ne peut pas être établi, car l'affirmation du corps représentatif démocratique comme représentation des larges couches du peuple est en contradiction directe avec la concentration de toutes les fonctions du pouvoir entre les mains d'un individu ou d'un groupe (corps collégial étroit, junte, etc.).

Le principe d'organisation du gouvernement d'assemblée — unité démocratique

que du pouvoir — ne peut pas être la base du système du pouvoir dans ce type de pays, car leur régime politique présuppose précisément le principe contraire à l'unité démocratique du pouvoir, et c'est le principe de l'unité nondémocratique du pouvoir, donc l'unité du pouvoir réalisée par l'exécutif.

L'existence d'un parti politique ou d'une organisation semblable n'est qu'un facteur additionnel qui établit et renforce la position dominante du porteur du pouvoir entier dans les régimes dictatoriaux et autres régimes autoritaires. Comme la pratique l'a toujours montré, la connexion personnelle des organes de l'exécutif avec les comités de ce parti ou de l'organisation est précisément ce qui contribue à l'affermissement de la position dominante du porteur susnommé du pouvoir entier.

2. La débâcle du gouvernement d'assemblée dans les pays socialistes contemporains (et ceux qui étaient jusqu'à présent qualifiés ainsi) a été causée par la débâcle du modèle conçu et proclamé, de la démocratie socialiste dans ces pays. Ceci, bien entendu, n'était pas identique dans chacun d'eux.

Comme la pratique l'a démontré d'une manière convaincante, le processus de l'établissement et du développement par lequel passait la société socialiste dans les pays susmentionnés était accompagné du raffermissement de l'Etat, particulièrement de son appareil exécutif et administratif, en effet du pouvoir exécutif. Dans un tel système politique, avec l'exécutif fort, sa pression et son intervention dans tous les domaines de la vie sociale, la démocratie ne pouvait ni ne peut pas du tout être réalisée dans toutes ses différentes formes d'expression. En même temps, dans de telles conditions, il se produisait inévitablement la passivisation des corps représentatifs. Tout cela s'est autant plus et dans une plus grande mesure produit si, avec le renforcement de l'Etat, se renforçaient aussi la bureaucratie et le bureaucratisme.

Une circonstance particulièrement défavorable pour l'établissement et le développement de l'unité démocratique du pouvoir dans ces pays était (et l'est encore où cela encore existe) le système du parti unique et le monopole politique total du parti au pouvoir (communiste ou quelque parti analogue).¹⁵ L'adhérence du parti au pouvoir, communiste (ou quelque parti semblable), à l'appareil d'Etat, et avant tout, aux organes du pouvoir exécutif, favorisait directement et d'une manière décisive, la passivisation du corps représentatif et sa transformation, plus ou moins, en un décor sur la scène politique, ou bien à l'établissement du pouvoir exécutif comme force dominante dans le mécanisme du pouvoir. Le pouvoir exécutif, ses organes, individuels et en collèges étroits, étaient un moyen approprié et efficace pour la mise en pratique de la politique du parti au pouvoir. De là, il est compréhensible que les fonctionnaires les plus importants du parti étaient ceux des organes de l'exécutif et non pas du corps représentatif.

Les transformations radicales de la société qu'on effectue aujourd'hui dans ces pays vers la démocratisation du système (garantie des droits et des libertés des citoyens, élections plus libres, formation de plusieurs partis et mouvements « alternatifs », etc.) créent des conditions plus favorables pour l'établissement du gouvernement d'assemblée et la réalisation de la prépondérance du corps représentatif comme facteur politique dominant dans le mécanisme du pouvoir. Bien entendu, il est difficile de conclure si dans ces pays-ci la véritable unité du pouvoir ou le gouvernement d'assemblée, est effectivement réalisée. Ceci dépendra de différents

facteurs, mais — avant tout — de l'établissement et du développement de la véritable et pleine démocratie.

3. Aux pays de la démocratie classique (bourgeoise), les conditions pour la mise en pratique du gouvernement d'assemblée sont, en principe, indubitablement plus réelles, par cela même que la démocratie classique en tant que telle est constituée des droits et libertés des citoyens et particulièrement de la liberté de la parole, de la presse, de l'association et de l'organisation politique, élections libres et une série d'autres éléments de valeur démocratique. Ce sont, en effet, les conditions (indispensables) pour la constitution du système de représentation démocratique, dans lequel les corps représentatifs peuvent atteindre leur affirmation et s'établir comme institutions politiques centrales et organes effectivement suprêmes du pouvoir.

Cependant, le caractère défectueux et même borné de cette démocratie dans les conditions historiques contemporaines, et d'autant plus celles datant de la période écoulée du développement de l'Etat moderne, n'ont créé — outre en cas exceptionnels — le sol fertile pour la formation du véritable gouvernement d'assemblée. La société bourgeoise contemporaine (et surtout celle des temps écoulés) est encore déchirée par les contradictions de classe et autres contradictions et par la lutte entre les différents groupes sociaux pour la position dominante dans la société et l'Etat. Le système à plusieurs partis n'est que l'expression d'un état pareil et les partis sont des instruments des groupes sociaux pour conquérir le pouvoir, ou bien d'influencer l'exercice du pouvoir.

Le corps représentatif est en principe, dans les conditions des élections libres, la représentation des couches différentes, et même de toutes les couches de la société, l'endroit où, outre la majorité, la minorité peut aussi s'exprimer. Le corps représentatif est l'endroit pour le dialogue, la critique et l'opposition et cela toujours devant les yeux du public. Le pouvoir exécutif, de son côté, est toujours sujet, dans une plus grande mesure, à l'influence des groupes sociaux étroits, des comités des partis politiques etc., agit opérativement et efficacement, moins en public, etc.

Dans de telles circonstances, les chances pour l'établissement du corps représentatif comme organe suprême du pouvoir et pour la réalisation de l'unité du pouvoir dans ses mains sont faibles. On tend plutôt à raffermir l'exécutif et à établir l'équilibre entre celui-ci et le corps représentatif, c.-à-d. à l'application du principe de la séparation des pouvoirs. La tendance vers le raffermissement de l'exécutif menait parfois à sa prédominance, et c'était la voie qui conduisait vers les différentes formes du gouvernement autocratique et de la dictature. Il est compréhensible, donc, que le gouvernement d'assemblée n'apparaissait dans ces pays que dans les circonstances exceptionnelles — dans les périodes où l'on tendait, à travers les événements révolutionnaires, à l'établissement du système politique démocratique après les régimes absolutistes et autoritaires, à la création de la démocratie véritable et plus complète. C'est ainsi qu'on était arrivé à l'établissement du système conventionnel et à l'adoption de la Constitution montagnarde ou à l'établissement du gouvernement d'assemblée en Suisse.

3. Un aperçu de la mise en pratique du gouvernement d'assemblée et de l'unité démocratique du pouvoir et des tentatives inachevées ou ratées de l'établir réellement, impose la conclusion que les causes réelles de son échec dans la pratique

historique de l'Etat moderne résident, comme on a déjà dit, dans le succès insuffisant de la démocratie même. Si l'on peut adopter l'opinion émise aux pages précédentes de cette étude sur le caractère démocratique du gouvernement d'assemblée et de sa convenance à la véritable démocratie, on pourrait alors adopter aussi l'opinion sur la connexion, et même la conditionnalité de la véritable démocratie et du gouvernement d'assemblée basé sur l'unité démocratique du pouvoir. Il est tout à fait compréhensible alors que le gouvernement d'assemblée partageait, en principe, le sort de la démocratie elle-même au cours du développement de l'Etat moderne, à partir des grandes révolutions de la fin du XVIIIe siècle jusqu'à nos jours.

De là, l'avis que le gouvernement d'assemblée sera toujours établi, se développera et fonctionnera avec succès aux pays où se réalisera une démocratie véritable, plus complète et plus développée, paraît être très raisonnable et fondée. En effet, une telle démocratie présuppose le gouvernement d'assemblée, vu qu'il assure, par son mécanisme, les conditions préalables essentielles pour la réalisation de l'influence décisive qu'exerce la majorité sur le processus de la décision politique et de l'exercice du pouvoir, ainsi qu'elle fait disparaître, en même temps, ces formes organisationnelles qui peuvent s'y opposer. En un mot, le gouvernement d'assemblée va au devant de la tendance à la réalisation plus complète de la souveraineté du peuple, ce qui le rend indispensable dans le système politique démocratique. Cela est d'autant plus vrai, parce que le gouvernement d'assemblée n'exclut pas l'application des formes de la démocratie directe. Ceci rend la perspective du gouvernement d'assemblée plus certaine dans l'avenir.

Notes

¹ L'idée de la démocratie présuppose l'union de tous les pouvoirs dans les mains du peuple, et c'est pour cela que Hans Kelsen a dit: «... là où la démocratie directe n'est pas possible, mais seulement la démocratie indirecte, tout le pouvoir doit être exercé par un organe collégial, dont les membres sont élus par le peuple et qui doivent être juridiquement responsables au peuple». *Kelsen, Hans: Opšta teorija prava i države* (La théorie générale du droit et de l'Etat). Archiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1951, p. 271.

² Déjà au temps de la grande révolution française Robespierre écrivait que la volonté de la représentation du peuple doit «... nécessairement jouir d'une réputation inviolable et plus puissante de chaque volonté particulière, car sans cela, la Nation qui n'a pas d'autre moyen de créer les lois, serait dépourvue de pouvoir législatif et de sa souveraineté». *Robespierre: Protiv kraljevskog veta* (Contre le veto du roi), dans le livre Robespierre i Saint-Just: Odabrani govori (Discours choisis). Kultura, Beograd 1953, p. 101.

³ Voir: *Djordjević, Jovan: Ustavno pravo FNRJ* (Droit constitutionnel de la RFPY). Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1953, p. 262.

⁴ Jean Jacques Rousseau a même écrit que les députés ne sont pas des représentants du peuple, mais seulement ses «commissionnaires», puisque la souveraineté ne peut pas être représentée de même qu'elle ne peut pas être aliénée. *Žan Žak Ruso: Društveni ugovor* (Contrat social). Prosveta, Beograd 1949. Livre III, chapitre XV, p. 74.

⁵ Voir: par ex., *Burdeau, Georges: Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*. Les éditions internationales, Paris 1932, pp. 203-206; *Neumann, Robert: European and Comparative Government*. McGraw-Hill Book Company, New York 1955, p. 684; *Loewenstein, Karl: Etude de droit comparé sur la présidence de la république à l'exclusion de celle des Etats-Unis*. Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger, N° 2 et 3 de 1949, pp. 304-305; *Duguit, Léon: Traité de droit constitutionnel*. Fontemoing, Paris 1921-25, Tom II, pp. 621-622, etc.

⁶ Voir: par ex., *Mirkine-Guetzévitch, Boris*: Les nouvelles tendances du droit constitutionnel. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1936, pp. 195 et s.; *Meynaud, Jean*: L'exécutif dans l'Etat moderne. Bulletin internationale des Sciences sociales, N° 2 de 1958. pp. 209 et s.; *Gaudemet, Paul Marie*: Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux. Editions Montchrestien, Paris 1966, pp. 11-12.; *Burdeau, Georges*: Le régime parlementaire dans les Constitutions européennes d'après guerre. pp. 295 et s., etc.

⁷ Voir dans le livre: *de la Bigne de Villeneuve, Marcel*: La fin du principe de séparation des pouvoirs. Recueil Sirey, Paris 1934, p. 91.

⁸ Voir: *Nikolić, Pavle*: Skupštinski sistem (Le gouvernement d'assemblée). Savremena administracija, Beograd 1973, pp. 3-100.

⁹ Voir: *Nikolić, Pavle*: Skupštinski sistem (Le gouvernement d'assemblée), pp. 41 et s. Voir la bibliographie sur ce sujet dans ce livre.

¹⁰ Voir: *Nikolić, Pavle*: Položaj političko-izvršnih organa u skupštinskom sistemu federacije (La position des organes politico-exécutifs dans le gouvernement d'assemblée de la fédération), dans le livre *Federalizam i nacionalno pitanje* (Le fédéralisme et la question nationale). Savez udruženja za političke nauke, Beograd 1971, p. 131 et s.; *Nikolić, Pavle*: Skupštinski sistem (Le gouvernement d'assemblée), dans le livre *Društveno-politički sistem SFRJ* (Le système socio-politique de la RSFY). Radnička štampa, Beograd 1979, pp. 386 et s.

¹¹ Voir: par ex., *Lepeskin, A. I.*: Kurs sovjetskogo gosudarstvennogo prava (Cours du droit de l'Etat soviétique). Gosudarstvennoe izdatelystvo youriditcheskoï literaturi, Moskva 1961. Tom I, pp. 199 et s.; *Iljinskii, I. P., Strasun, B. A., Jastrebov, V. I.*: Polititcheskaja sistema zarubezhnih stran socializma (Le système politique des pays socialistes étrangers). Mezunarodnie otnosenije, Moskva 1981, pp. 212. et s.; *Jarosz, Z., Zawadzki, S.*: Prawo konstytucyjne (Droit constitutionnel). Panstwowe wydawnictwo naukowe, Warszawa 1987, pp. 157 et s., 293 et s., 361 et s., etc.

¹² Voir les Constitutions: R. P. de Chine (1982), art. 58, art. 67, pp. 2, 3, 4 et 14; R. D. P. de Corée (1972), art. 87, pp. 1, 2 et 3; R. P. de Bulgarie (1971), art. 93, pp. 8 et 14, art. 94, p. 2; URSS (1977), art. 121, pp. 5 et 6, art. 122, p. 1.

¹³ Voir les Constitutions: République de Cuba (1976), art. 88, p. «c», «d» et «o»; R. P. de Hongrie (1972), art. 30, al. 1, p. «d», al. 5 et al. 6; R. P. de la Pologne (rédaction 1985), art. 30, al. 1. pp. 4, 5 et 8, art. 31; S. R. de la Roumanie (1965), art. 64, al. 1, p. 1 et 4, al. 2; R. S. de Tchécoslovaquie (1968), art. 58, pp. 1, 2, 3 et 4, art. 61, al. 1, p. «a».

¹⁴ Voir les Constitutions: S. R. P. d'Albanie (1976), art. 77, al. 1, p. 7, art. 78, al. 1, p. 5; R. P. de Mongolie (1960), art. 34, pp. 4 et 16; R. S. de Viet-Nam (1980), art. 100, al. 1, pp. 5 et 16.

¹⁵ On considère même, dans la littérature, que la direction du parti communiste dans les pays socialistes est un des principes fondamentaux de l'organisation et de l'activité des organes de l'Etat. Voir: par ex., *Iljinskii, I. P., Strasun, B. A., Jastrebov, V. I.*: Gosudarstvennoe pravo zarubezhnih socialisticheskikh stran (Droit de l'Etat des pays socialistes étrangers). Mezunarodnie otnosenije, Moskva 1985, pp. 301-302; *Iljinskii, I. P., Strasun, B. A., Jastrebov, V. I.*: Polititcheskaja sistema zarubezhnih stran socializma (Le système politique des pays socialistes étrangers), pp. 79 et s.

Le statut du chef de l'Etat dans les pays d'Europe centrale dans les années 1989-1990

JÓZSEF HALÁSZ

« L'Etat se développe sur sa propre terre, la vie est injectée par ses propres forces dans son tronc et dans ses branches, mais des compagnons l'entourent. . . Il en résulte que nous n'oublierons ni les mœurs et les coutumes, ni les antécédents historiques nationaux, lesquels vous tenez à évoquer; jusqu'à ce que ces premières soient conformes au bon sens, vous ne pouvez pas être plus fidèles amis de celles-là que nous-mêmes, et en ce qui concerne ces derniers, nous savons bien que d'une part en montrant la direction à suivre et d'autre part en indiquant les récifs à éviter, ils nous enseignent toujours et en tous points. » (László Szalay¹: Originalité et enseignements dignes d'être suivis dans le domaine de la politique, Budapest 1844.)

En Hongrie et dans d'autres pays d'Europe centrale des changements radicaux ont eu lieu dans les années 1989 à 1990. Un changement de régime s'est produit à la suite de changements révolutionnaires et pacifiques, inhabituels à l'échelle historique; parallèlement à la démolition d'une structure politique et étatique, qui a existé pendant plus de quatre décennies dans l'ensemble de ces pays — et pendant plus de sept décennies en URSS —, s'édifie un système d'institutions d'une démocratie parlementaire multipartiste.²

L'une des caractéristiques importantes de la transformation de la structure de l'Etat dans les pays de cette région consiste dans le fait qu'avec l'adoption des réformes constitutionnelles dans les années 1989 à 1990, les organes représentatifs suprêmes (les parlements) ont supprimé l'institution du chef de l'Etat collectif (Présidium, Conseil de présidence, Conseil d'Etat), conforme au modèle de la Constitution soviétique de 1936, et ont mis à sa place un Président de la République.

Le fait, qu'avait déjà été adoptée, dans certains pays de la région, l'institution d'un unique Président de la République, ne diminue pas l'importance des changements survenus dans le caractère des fonctions du chef de l'Etat.³ Mais tandis que les dispositions de la Constitution tchécoslovaque de 1920 relatives au Président de la République ont été partiellement maintenues après l'adoption de la nouvelle Constitution de 1948, en Hongrie l'adoption de la Constitution de 1949 a comporté la suppression des fonctions de Président de la République ainsi que la suppression du régime parlementaire.

Les fonctions de chef d'Etat collectif et les compétences de remplacement dans les Constitutions antérieures

Dans les décennies qui ont précédé le changement de régime, les Constitutions adoptées par les pays de la région dans les années après 1948 et 1949 ont élargi et presque intégralement réalisé l'établissement de l'institution du chef d'Etat collectif.

L'une des caractéristiques déterminantes de ce modèle du chef d'Etat a consisté dans le fait que ce modèle a offert une vaste possibilité de remplacer les corps législatifs.

Les Constitutions des pays démocratiques de l'Ouest contiennent également des dispositions qui permettent le remplacement du corps législatif (du parlement) dans le cas de son empêchement et investissent le chef d'Etat, le gouvernement de pouvoirs exceptionnels. En même temps, elles fixent de différentes limitations de compétence, limitations dans le temps, etc. et créent des garanties institutionnelles et constitutionnelles contre l'abus de pouvoir.

En Hongrie, ce sont au fond les dispositions de la Constitution de 1949 prévues pour une situation exceptionnelle qui se sont métamorphosées en autorisation générale. Le Conseil de présidence a eu le pouvoir de modifier et d'abroger toute loi, exception faite de la Constitution, et d'adopter des décrets normatifs ayant le même rang que les lois. La pratique est devenue courante selon laquelle la structure du gouvernement, sa composition, son élection et sa révocation soient déterminées presque exclusivement par le Conseil de présidence.

Il faut noter qu'après 1953-1954 la compétence de remplacement général a provoqué l'objection des constitutionnalistes. Surtout l'élargissement excessif de la compétence de remplacement a donné lieu à des critiques, étant donné que par suite de cette pratique le rôle de l'Assemblée nationale est devenue une formalité protocolaire, puisque le Conseil de présidence ne relevait que par son élection de l'Assemblée nationale, tandis que par ses décrets normatifs ont été rendues légitimes les décisions politiques d'un corps dirigeant restreint du parti dirigeant.

Jusqu'en 1987 l'élimination de cette situation contradictoire n'était pas possible, étant donné que tous les efforts tendant à limiter la compétence du Conseil de présidence se sont heurtés à une résistance farouche de la part de la direction du parti dirigeant. Cependant après l'adoption de la modification de la loi électorale en 1983 et après les élections à l'Assemblée nationale en 1985 et dans les circonstances de l'accentuation des tensions politiques au sein de la société, la poursuite de l'activité formelle de l'Assemblée nationale n'a pas été possible. C'est dans ses circonstances que les matières qui rentrent dans la compétence de l'Assemblée nationale ont été définies.⁴ L'adoption de cette loi a fondamentalement changé la compétence de remplacement générale du Conseil de présidence.

Il faut tout de suite noter que, dans les autres pays de cette région, la possibilité de remplacer le corps législatif (parlement) dans un vaste domaine n'a été ouverte que dans les circonstances d'une situation exceptionnelle. En même temps, les

Constitutions précisent limitativement les matières qui peuvent rentrer dans la compétence de remplacement du chef d'Etat collectif.

Par conséquent, il y avait des différences considérables entre les fonctions et les compétences du chef d'Etat prévues par les Constitutions des différents pays d'Europe centrale et orientale. Cependant, ces différences ne changent rien à la particularité de ce modèle, qui consiste dans le fait que, par ses fonctions, le chef d'Etat a joué au fond le rôle d'une autorité qui transforme directement en actes d'Etat les décisions politiques du parti dirigeant. Cette contradiction évidente n'a pas été éliminée par le fait que, dans certains pays, les fonctions du chef du parti dirigeant et les fonctions du chef d'Etat ont été remplies par la même personne. C'est pas par hasard que même la notion du chef d'Etat est une notion controversée dans la littérature politique et juridique de cette époque.

II

Le Président de la République dans les réformes constitutionnelles des années 1989 et 1990

Les réformes constitutionnelles adoptées dans les années 1989 et 1990 ont apporté des changements importants quant aux fonctions et aux pouvoirs du chef d'Etat de cette région.

En connexion avec ces changements, il faut mentionner tout d'abord qu'on a supprimé les dispositions relatives au système de parti unique et on a déclaré la liberté de la création de partis politiques. La modification de la Constitution de la République de Hongrie⁵ adoptée le 18 octobre 1989 déclare la séparation des organes des partis et des organes d'Etat, conformément aux exigences de la démocratie parlementaire, en soulignant que: « Les partis ne peuvent exercer directement le pouvoir public. Par conséquent aucun parti ne peut diriger un organe quelconque d'Etat. En vue de la séparation des partis et du pouvoir public, la loi détermine les fonctions, les charges publiques qui ne peuvent être remplies par des membres ou fonctionnaires des partis. »⁶

En ce qui concerne le mandat du Président de la République, les fonctions de Président de la République sont, selon les dispositions de la réforme constitutionnelle, « incompatibles avec toute autre fonction ou mission étatique, sociale ou politique ».

Les réformes constitutionnelles et les lois constitutionnelles adoptées dans les pays de la région au cours des années 1989 et 1990 contiennent au fond des dispositions du même genre.

De ce point de vue, la modification de la Constitution soviétique adoptée en mars 1990 revêt une importance particulière.⁷ D'une part, cette réforme de la Constitution a supprimé les passages de la Constitution relatifs au rôle dirigeant du parti, et d'autre part elle fixe les bases constitutionnelles de la création d'autres partis politiques, d'organisations et de mouvements. En connexion avec la réforme du système constitutionnel, une institution nouvelle, celle du Président de l'Union soviétique, vient d'être créée. Il est à mentionner que le Conseil suprême de l'Union

soviétique a adopté le 9 octobre 1990 une loi sur les associations, qui fixe de façon détaillée les cadres juridiques de la création et de l'activité des partis politiques.⁸

Les réformes constitutionnelles mentionnées indiquent d'une part les garanties constitutionnelles de la transformation de l'Etat de parti en Etat de droit, et d'autre part les caractéristiques des fonctions du chef d'Etat qui, par la représentation des intérêts de l'ensemble de la nation, est supérieur aux partis politiques.

La loi no. XXXI de l'an 1989 modifiant l'ensemble de la Constitution hongroise ne porte pas seulement sur la séparation des partis et de l'Etat, mais elle établit aussi l'institution du chef d'Etat unique, régit d'une manière nouvelle les fonctions du Président de la République ainsi que les bases constitutionnelles des relations de celui-ci avec l'Assemblée nationale et le gouvernement.

Sans doute, dans la première phase de la préparation de la réforme constitutionnelle hongroise (avril à septembre 1989), le modèle classique du régime parlementaire adopté par la loi constitutionnelle no. I de l'an 1946 (sur la forme constitutionnelle de l'Etat) a été mis au premier plan comme modèle à suivre. Selon ce modèle, le pouvoir exécutif est exercé par le Président de la République par l'intermédiaire du gouvernement responsable devant l'Assemblée nationale. Par conséquent, pour toutes les dispositions prises par le Président de la République, le contreseing du Premier ministre ou du ministre compétent est requis.⁹

En Hongrie, aux termes de la réforme constitutionnelle de 1989, le dirigeant responsable du pouvoir exécutif est le Premier ministre. La Constitution en vigueur détermine les fonctions du Président de la République et ses attributions connexes à l'exercice de ses fonctions. Dans ce cadre, l'exercice de certains pouvoirs est lié au contreseing du Premier ministre ou du ministre compétent.

Dans le premier groupe des compétences du Président de la République figurent les attributions connexes au fonctionnement du pouvoir législatif: la fixation de la date des élections, la convocation et l'ajournement des sessions, etc. Sur demande écrite du Président de la République, une session extraordinaire ou une séance extraordinaire de l'Assemblée nationale doit être convoquée. Le Président de la République peut ajourner la séance de l'Assemblée nationale pour trente jours au plus. Toutefois pendant la durée de l'ajournement, sur proposition écrite présentée par un cinquième des députés, le Président de l'Assemblée nationale est tenu de convoquer l'Assemblée nationale dans les huit jours.

Si, dans l'espace de douze mois, l'Assemblée nationale retire sa confiance au gouvernement quatre fois au moins ou ne vote pas la confiance au gouvernement proposé, le Président de la République peut dissoudre l'Assemblée nationale en fixant en même temps la date des élections. Avant la dissolution de l'Assemblée nationale, le Président de la République est tenu de prendre l'avis du Premier ministre, du Président de l'Assemblée nationale et des dirigeants des groupes des partis représentés à l'Assemblée nationale.

Le Président de la République peut assister et prendre la parole aux séances de l'Assemblée nationale et des commissions de l'Assemblée nationale, présenter des propositions à l'Assemblée nationale, prendre l'initiative d'une loi et d'un référendum; le commissaire des droits civiques et le commissaire des droits des minorités nationales et ethniques (ombudsman), le président de la Cour suprême, le procureur général sont élus par l'Assemblée nationale sur proposition du Président de la République.

Les possibilités de prendre des initiatives et de faire des propositions, de même que sa participation aux séances de l'Assemblée nationale et des commissions de l'Assemblée nationale et la présentation de ses propositions législatives augmentent le rôle politique du Président de la République. Certains constitutionnalistes font à juste titre remarquer qu'en certaines circonstances l'exercice de ces attributions peut devenir source de tension dans la réalisation de l'unité du pouvoir exécutif.¹⁰

C'est le Président de la République qui fait promulguer les lois. S'y rattache la possibilité qu'avant de la signer et dans le délai de quinze jours — de cinq jours en cas d'urgence — le Président de la République peut renvoyer la loi, accompagnée de ses remarques à l'Assemblée nationale pour qu'elle y soit réexaminée, lorsqu'il n'est pas d'accord avec la loi ou avec quelques unes de ses dispositions. L'Assemblée nationale discute alors encore une fois la loi et décide de nouveau de l'adoption de celle-ci. Après cette procédure, le Président de la République est tenu de signer la loi et de la promulguer dans les cinq jours.

S'il estime qu'une disposition quelconque de la loi est en contradiction avec la Constitution, le Président de la République peut saisir la Cour constitutionnelle pour donner son avis sur la disposition en question. Si l'inconstitutionnalité est constatée par la Cour constitutionnelle, le Président de la République renvoie la loi à l'Assemblée nationale, dans le cas contraire, il est tenu de signer la loi et de la promulguer.

Nous avons déjà indiqué que le Président de la République ne peut exercer certains de ses pouvoirs qu'avec le contreseing du Premier ministre ou du ministre compétent. Avec le contreseing, le Premier ministre ou le ministre compétent prend à sa charge la responsabilité pour l'acte.

Selon la Constitution hongroise modifiée en 1989, le contreseing du Premier ministre ou du ministre compétent est requis pour les actes suivants du Président de la République:

- conclusion des traités internationaux (si l'objet du traité rentre dans la compétence du législateur, le consentement préalable de l'Assemblée nationale est nécessaire), la nomination et la réception des ambassadeurs et des ministres plénipotentiaires;

- nomination des secrétaires d'Etat, des Commissaires de la République ainsi que le relèvement de ceux-ci de leurs fonctions (sur proposition du ministre compétent faite par l'intermédiaire du Premier ministre);

- nomination du président et des vice-présidents de la Banque nationale de Hongrie, des professeurs d'Université, des recteurs d'Université, des généraux et le relèvement des mêmes de leurs fonctions; confirmation dans ses fonctions du président de l'Académie des Sciences de Hongrie, nomination du président de la Radio et la Télévision hongroises (sur proposition des organes prévus par loi particulière);

- octroi des titres honorifiques, des ordres du mérite, des distinctions honorifiques, exercice du droit de grâce individuelle, prise de décision dans les affaires de nationalité, etc.

Un des problèmes importants connexes aux fonctions du Président de la République est la question de savoir quelles sont ses attributions relatives à la désignation, à l'activité du gouvernement et au relèvement des fonctions de celui-ci. C'est le Président de la République qui après avoir pris l'avis des présidents des

groupes représentés à l'Assemblée nationale ainsi que du représentant des députés indépendants, propose la personne du Premier ministre. L'Assemblée nationale décide à la fois de l'élection du Premier ministre et de programme du gouvernement. Par conséquent le Président de la République peut jouer un rôle politique important comme médiateur au cours des débats relatives à la constitution du gouvernement, bien que cette possibilité soit limitée par les rapports des forces parlementaires et les accords préalables conclus entre les partis.

Selon la réforme constitutionnelle de 1989, le Président de la République est le commandant en chef des forces armées. Cependant, dans le cadre fixé par des lois particulières, la direction des forces armées appartient à l'Assemblée nationale, au Président de la République, au conseil de Défense nationale, au gouvernement et au ministre compétent. Etant donné que l'Assemblée nationale n'a pas encore adopté cette loi, on ne peut déterminer sans équivoque ce qui rentre dans la compétence du commandant en chef et ce qui est du ressort d'autres organes étatiques ou gouvernementaux autorisés par la Constitution à diriger les forces armées.

Dans des circonstances normales, le Président de la République n'exerce pas de pouvoir qui rentre dans la compétence du pouvoir exécutif. Cependant, la Constitution fixe pouvoirs du Président de la République qu'il peut exercer en cas d'état de siège et d'état d'urgence. Selon ces dispositions, dans le cas où l'Assemblée nationale est empêchée de prendre des décisions, le Président de la République a le droit de décréter l'état de guerre, de proclamer l'état de siège, de déclarer l'état d'urgence. Le fait de l'empêchement de l'Assemblée nationale, le bien-fondé de la proclamation de ces états d'exception sont établis conjointement par le président de l'Assemblée nationale, le président de la Cour constitutionnelle et le Premier ministre. En temps d'état de siège ou d'état d'urgence, l'Assemblée nationale ne peut pas déclarer sa dissolution et ne peut pas être dissoute.

Dans la structure de l'Etat hongrois, les fonctions et les pouvoirs constitutionnels exercés par le Président de la République prouvent son rôle de médiateur important entre un parlement fort et un pouvoir exécutif fort. Par l'exercice de ses fonctions et ses pouvoirs, le chef d'Etat favorise la mise en oeuvre du principe classique de l'équilibre des pouvoirs.

III

Les divergences entre les fonctions des divers chefs d'Etat

Les réformes constitutionnelles des pays de la région définissent différemment les fonctions du chef d'Etat, à partir du régime parlementaire traditionnel jusqu'aux attributions qui caractérisent le système présidentiel. Ces différences se manifestent dans les différentes formes de parlements puissants se basant sur une représentation de plusieurs partis et de pouvoirs exécutifs capables de résoudre les difficultés de la transformation, de gouvernement de coalition ou de gouvernement de parti unique, formes qui varient d'un pays à l'autre. Il faut tout de suite

remarquer que ni le processus de transformation, ni l'établissement de la sphère des pouvoirs du chef d'Etat ne peuvent être considérés comme terminés.

En Tchécoslovaquie, les pouvoirs du président de la République sont plus vastes qu'en Hongrie, en Bulgarie ou en Pologne. D'une part, c'est en liaison avec des traditions démocratiques plus anciennes; d'autre part, cela découle de la tradition remontant à soixante-dix années de l'institution d'un unique chef d'Etat. C'est Vaclav Havel lui-même, la personnalité centrale de la transformation, qui a déclaré devant le parlement fédéral nouvellement élu (1990): la limitation des pouvoirs du Président est possible, si le gouvernement fédéral, ainsi que les gouvernements tchèque et slovaque restent forts et peuvent garantir le processus pacifique de la transformation. C'est dans sa nouvelle Constitution fédérale que la Tchécoslovaquie veut fixer les affaires rentrant dans la compétence des deux Etats de la Fédération et en liaison avec ce problème les pouvoirs du Président de la République.

En Pologne, au début d'août 1990, par une lettre adressée au Président de la République, 125 députés et sénateurs ont réclamé la démission du chef d'Etat. L'élection du président Jaruzelski par le nouveau parlement, en 1989, a été la légitimation et la garantie institutionnelle du compromis entre les forces politiques de cette époque. Dans une période d'état d'exception, le général Jaruzelski a représenté sans doute pendant une décennie le pouvoir suprême du pays et il a disposé des pouvoirs de dictateur. En réalité, il n'a pas exercé ces pouvoirs. En 1989, c'est l'opposition qui a formé le gouvernement, le chef d'Etat a garanti le processus de transition et son équilibre.

Les tensions politiques croissantes, les difficultés du changement de régime se sont manifestées d'une manière de plus en plus nette dans l'activité des institutions constitutionnelles exprimant la situation politique. En septembre 1990, le parlement polonais a annulé le mandat du chef d'Etat et a décidé d'élire par suffrage direct un nouveau chef d'Etat fort. Les débats connexes permettent d'en venir à la conclusion, que le nouveau chef d'Etat disposera de pouvoirs constitutionnels importants qui lui permettront d'accélérer par voie de décrets présidentiels le processus polonais de la transformation.

Dans les pays est-européens ayant une structure fédérative, la Tchécoslovaquie, la Yougoslavie et l'Union soviétique, les efforts pour l'obtention de la souveraineté de certaines de leurs Républiques membres, les nouveaux traités d'Etat qui sont en préparation, l'adoption d'une structure fédérative ou d'une structure confédérative, exercent une influence décisive sur les fonctions et les pouvoirs du chef d'Etat. Dans ces pays, la garantie de la nature pacifique de la transformation est intimement liée aux efforts déployés par les Républiques et les provinces autonomes pour conquérir leur indépendance. En même temps, la transition à une démocratie parlementaire multipartiste augmente forcément le rôle que jouent les parlements ainsi que l'importance que revêtent les fonctions du chef d'Etat dans la transformation des structures.

Une réforme constitutionnelle d'une importance particulière a eu lieu en Union soviétique le 14 mars 1990. Le Soviet suprême a adopté une loi portant sur l'établissement des fonctions de Président de l'URSS. La nécessité d'un chef d'Etat fort s'est manifestée au tournant des années 1989-1990 en connexion avec les conflits de la réalisation de la transition. Les arguments à l'appui sont les suivants:

les institutions anciennes du pouvoir se sont affaiblies et se sont compromises, les nouvelles institutions ne sont qu'en voie de formation. La réalisation de l'ensemble des réformes structurelles requiert un pouvoir fort, apte à briser la résistance de la bureaucratie, capable à mettre obstacle aux phénomènes anarchiques.¹¹

Conformément à la réforme constitutionnelle, le chef d'Etat soviétique dispose de vastes pouvoirs; il peut rendre des décrets présidentiels obligatoires sur l'ensemble du territoire du pays; il peut prendre l'initiative des lois; sur la base de son droit de veto, il peut renvoyer les lois adoptées par le Soviet suprême de l'URSS pour y être de nouveau discutées et votées. Le président dispose de vastes pouvoirs relatifs à l'établissement des organes d'Etat fédératifs ainsi que dans le domaine de désignation, nomination et approbation des personnes aux fonctions suprêmes. Un de ses pouvoirs très importants: il propose le Premier ministre, il présente la démission du gouvernement, ainsi que la proposition relative à l'acceptation de la démission, le Président peut arrêter l'exécution des décisions du gouvernement qui dérogent aux normes constitutionnelles, s'il le considère nécessaire pour garantir les droits civiques. Après consultation avec les organes compétents des Républiques, il peut proclamer l'état d'exception dans certaines régions et, sur la base de loi particulière, il peut exercer le gouvernement présidentiel dans l'intérêt de la sécurité de l'URSS et de ses citoyens.

Sur la base de cette disposition de la Constitution, le Soviet suprême de l'Union soviétique a adopté le 24 septembre 1990 une loi qui augmente d'une manière considérable les pouvoirs du Président. Cette loi autorise le Président à assurer jusqu'au 31 mars 1992, par voie de décrets, le fonctionnement du pouvoir exécutif, le processus de la réorganisation de l'économie, la sécurité publique. Sa compétence englobe les rapports de propriété, la réforme de la direction de l'économie nationale, les questions budgétaires et financières, la réglementation des rapports de prix et de salaire, le règlement des conflits mettant en danger l'unité des Républiques. Un des pouvoirs importants du Président consiste dans le fait qu'il peut abroger les décisions des Soviets suprêmes des Républiques fédératives par décret présidentiel.¹²

Le fait, que le Soviet suprême de l'Union soviétique peut superviser et que la Commission du Contrôle de la Constitution est tenue de contrôler la légalité de ces décrets, est une garantie constitutionnelle importante.

Sans doute, la réforme constitutionnelle du rôle et des vastes pouvoirs du président de l'Union soviétique, adoptée en mars 1990, et la loi de septembre 1990, qui introduit le gouvernement présidentiel, lient intimement les fonctions du chef d'Etat et la direction du gouvernement. Par conséquent cela laisse supposer un développement vers un régime présidentiel.¹³

En Yougoslavie — de la même manière que dans les autres pays de la région —, la réforme constitutionnelle des fonctions du chef de l'Etat a été mise à l'ordre du jour en 1989 et 1990, en connexion avec les difficultés de transformation socio-économique et les conflits de la structure fédérative. Dans deux Républiques de la Fédération, en Slovénie et en Croatie, le nouveau parlement vient d'être élu en 1990 sur la base du système multipartiste, et on réclame l'établissement des relations inter-étatiques confédératives. On a proclamé l'indépendance de ces deux Républiques et on exige la conclusion de nouveaux traités d'Etat. Par contre, quatre Républiques ont opté pour la structure fédérative. Un problème particuliè-

rement difficile est celui du règlement du statut constitutionnel des régions autonomes (Kosovo, Vojvodine, ainsi que la garantie de l'autonomie de la population serbe, comptant environ 400 000 habitants, vivant sur le territoire de la Croatie).

En octobre 1990, le parlement de la Serbie a adopté une nouvelle Constitution, qui augmente d'une manière considérable les pouvoirs du président de la République.

Les efforts de certaines Républiques pour conquérir leur indépendance, ainsi que l'apparition du régime parlementaire pluraliste peuvent aboutir dans la décennie à venir à l'établissement des corps représentatifs nationaux et à l'établissement d'un gouvernement ou d'un chef d'Etat fort, ou d'un régime présidentiel.

IV

L'élection du Président de la République

Il ressort de ce qui précède que l'une des questions centrales controversées liées à la transformation de la structure politico-étatique des pays de la région de l'Europe centrale et orientale a été la question de savoir comment il faut élire le Président de la République. Les réformes constitutionnelles des années 1989-1990, les référendums qui se sont déroulés jusqu'ici prouvent qu'il y a une corrélation décisive entre les fonctions du Président de la République et les sources de sa légitimation. D'autre part: le choix de la personne du chef d'Etat ne peut pas être séparé des exigences complexes du changement de régime.

Dans la République de Hongrie, trois réformes constitutionnelles et deux référendums ont porté sur les modalités de l'élection du Président de la République, c'est-à-dire sur la question de savoir si le Président soit élu au suffrage direct, ou s'il doit recevoir son mandat du nouveau parlement, après les élections. Par suite du développement des rapports de forces politiques, le référendum tenu en novembre 1989 a décidé par 50,07% des voix que l'élection du président de la République ne peut avoir lieu qu'après l'élection de la nouvelle Assemblée nationale.¹⁴ C'est le nouveau gouvernement élu par la nouvelle Assemblée nationale (élue en mai 1990) qui a proposé une réforme constitutionnelle selon laquelle l'élection du chef d'Etat relève du ressort de l'Assemblée nationale. Cependant, avant l'élection du chef d'Etat, un référendum relatif à une réforme constitutionnelle a eu lieu sur une initiative populaire. Etant donné qu'au référendum tenu le 29 juillet 1990 seulement 13,79% des électeurs ont pris part, le référendum a été nul.¹⁵ Le 3 août 1990 le Président de la République a été élu par l'Assemblée nationale à l'unanimité et était issu du milieu des personnalités dirigeantes du plus grand parti de l'opposition.

En Bulgarie, l'élection du chef de l'Etat a pris une autre forme. Le processus de la réforme démarré au début de l'année 1990 a tout d'abord obtenu la déposition du Président du Conseil d'Etat (Todor Jivkov). Puisque l'élection du nouveau Président a tardé, les tensions sociales se sont accrues, et le 1er août 1990, après six tours de scrutin, le parlement a élu comme chef de l'Etat le dirigeant de la Fédération des Forces démocratiques, mouvement d'opposition. (Sur les 389 députés du parlement bulgare, il a recueilli les voix de 284 d'entre eux.)

En Union soviétique, le mode d'élection du chef de l'Etat est réglementée par la loi constitutionnelle sur la création de la fonction de Président, adoptée le 14 mars 1990. En vertu de cette loi, le Président est élu directement par les électeurs, pour une durée de cinq ans. L'élection du Président est considérée valable si 50% au moins des électeurs ont pris part au vote. Est considéré élu le candidat qui a obtenu plus de la moitié des voix à l'échelle nationale et dans la majorité des Républiques fédérées.

Cependant les graves difficultés sociales et économiques, les tensions politiques auraient rendu difficile l'élection par suffrage direct du premier président.¹⁶ Etant donné cette situation, conformément à la réforme constitutionnelle, le premier Président de l'Union soviétique a été élu par le Congrès des délégués du peuple (2 250 délégués) pour cinq ans. La réforme constitutionnelle stipule qu'un citoyen âgé de moins de trente-cinq ans ou de plus de soixante-cinq ans ne peut pas être élu chef d'Etat; par ailleurs, la même personne ne peut pas remplir plus de deux fois la fonction de Président.

Les discussions sur l'élection du chef de l'Etat, les réformes constitutionnelles témoignent du processus du développement des fonctions de chef de l'Etat. Sans exagération, on peut affirmer que dans les discussions sur les différents modes d'élection du Président et sur la question de savoir si l'élection doit avoir lieu avant ou après l'élection du nouveau parlement, c'est au fond la lutte menée pour ou contre le changement qui s'est déroulée entre les différents partis et groupes de forces politiques.

Le choix des candidats à la fonction de chef de l'Etat est inséparable de cette question. Dans la plupart des pays de la région, on a élu comme chef de l'Etat des personnalités dont l'engagement, le dévouement au changement de régime s'étaient manifestés dans l'ensemble de leur activité déployée dans les mouvements d'opposition. Au début de l'année 1945, István Bibó, éminent politologue hongrois de l'après-Deuxième Guerre mondiale, a écrit avec justesse et en donnant un avertissement: « La question de savoir de quelle façon l'autorité personnelle et symbolique dirigeant l'Etat, le chef de l'Etat, est organisée est loin d'être négligeable [...]. Rien n'est plus dangereux que de rendre le pouvoir du chef d'Etat impersonnel, anonyme et d'investir de pouvoirs propres au chef de l'Etat les comités de partis composés de nombreux membres ».¹⁷

Les changements, qui ont eu lieu au cours des années 1989-1990 dans les pays d'Europe centrale et orientale, signifient l'abolition des structures politico-étatiques mises en place il y a plus de quatre décennies pour l'ensemble de la région — et plus de sept décennies pour l'URSS. Le développement de ces changements est étroitement lié aux circonstances particulières des pays de cette région; à leurs traditions historiques, aux tensions sociales et économiques, à la culture politique de leur population, etc.

Cependant tout cela n'exclut pas, mais au contraire, rend plutôt manifeste l'importance des expériences internationales tirées des structures et des institutions démocratiques, justifiées par l'histoire. Cela vaut également pour les garanties et le renforcement constitutionnel de l'Etat de droit, ainsi que pour une mise en oeuvre du principe de la séparation des pouvoirs, prenant en considération les conditions réelles.

certaine période met en évidence le fait que son rôle revêt dans les pays de la région de l'Europe centrale et orientale une importance accrue et radicalement différente de celle qu'il a eu pendant des décennies.

Notes

¹ Juriste éminent de l'ère des réformes hongroises du XIX^e siècle.

² Les politologues hongrois et étrangers ont déjà signalé avant cette époque que ces changements commencent à mûrir. Cependant ils ont pronostiqué que le développement de ces changements se produirait une décennie plus tard, mais ils n'ont pas présumé son dynamisme et sa nature modifiant l'ensemble de la structure politique, *Luers, W. H.*: The US and Eastern Europe. Foreign Affairs, 1987, Summer, pp. 977-994.

³ En Tchécoslovaquie la Constitution de l'an 1920, puis celle adoptée en 1948, en Hongrie la Loi n° I de l'an 1946 sur la forme constitutionnelle, en Yougoslavie la Constitution de 1946 ont porté sur le chef d'Etat unique.

⁴ Loi n° XI de 1987 sur la législation. Magyar Közlöny (Journal officiel), 1987, n° 65. L'adoption de cette loi a modifié radicalement les pouvoirs de remplacement du Conseil de présidence.

⁵ Loi n° XXXI de 1989 sur la modification de la Constitution. Magyar Közlöny, 23 octobre 1989, n° 74.

⁶ Voir *ibid.*

⁷ Voir *Lazarev, B. M.*: Le Président de l'Union soviétique. Sovjetskoe Gosudarstvo i Pravo, n° 8/1990, pp. 3-14 (en russe); *Feldrugge, F. J. M.*: The Constitution of the USSR. Review of Socialist Law, n° 2/1990, Documentation Office for East European Law of the University of Leyden, Martinus Nijhoff Publishers.

⁸ Voir Loi de l'URSS sur les associations. Izvestia, 16 octobre 1990.

⁹ Après la Deuxième Guerre mondiale, des solutions institutionnelles semblables ont caractérisées la Constitution française et la Constitution italienne. De toute façon, le fait que peu de ces dispositions constitutionnelles subsistent jusqu'à nos jours est riche en enseignements.

¹⁰ Voir *Sári, János*: A köztársasági elnök státusa (Le statut du Président de la République). Magyar Közigazgatás, juillet 1990, p. 579.

¹¹ Voir *Burlatskij, D. F.*: Président et division du pouvoir. Izvestia, 10 février 1990 (en russe); *Nagim, V.*: Les cadres et les possibilités du pouvoir présidentiel. *ibid.*, 24 février 1990; *Lesage, M.*: Président, pouvoir et lois. *ibid.*, 21 février 1990. *Alexandre Soljenitsyne*, dans son analyse, « Comment réaménager notre Russie? », souligne que: « L'Etat doit assurer la continuité sans à coup et la stabilité. L'institution déjà créée du pouvoir présidentiel potentiellement fort peut nous être utile encore pendant de longues années. » Literaturnaja Gazeta, 9 septembre 1990 (en russe).

¹² Voir « La Loi de l'Union soviétique sur les mesures à prendre relatives à la stabilisation économique, sociale et politique et dans l'intérêt du maintien de l'ordre légal », Izvestia, 26 septembre 1990.

¹³ Les remarques du professeur français *Lesage* se sont révélées, en un temps bref, justes: « Selon mon avis, en Union soviétique, le problème cardinal de la transition est le système présidentiel, lequel doit être réalisé progressivement, puisqu'un processus trop rapide peut aboutir à des résultats contraires. » Izvestia, Moscou, 21 février 1990.

¹⁴ Voir *Babus, Endre*: Référendum 1989. Annuaire politique de Hongrie. Budapest 1990, pp. 209-214.

¹⁵ Magyar Közlöny, 1990, n° 77 sur les résultats du référendum.

¹⁶ *Lazarev, B. M.*: Le Président de l'Union soviétique. SGP. n° 8/1990, p. 9 (en russe): Dans l'analyse intitulée « Comment réaménager notre Russie? » *Soljenitsyne* dit que le Président ne jouit d'une vraie autorité personnelle que sur la base d'une plébiscite. En même temps, il désapprouve un gaspillage d'énergies consacrées aux élections (Literaturnaja Gazeta, 18 octobre 1990).

¹⁷ *Bibó, István*: A demokratikus Magyarország államformája (La forme constitutionnelle de la Hongrie démocratique). Oeuvres choisies. Vol. II. Magvető Kiadó, Budapest 1986, pp. 7-9 (en hongrois).

The Courts — the Third Power

ADAM LOPATKA

In recent years in Poland the thoughts of Ch. Montesquieu on the separation of powers have been more and more referred to, and especially the thesis that "there is no freedom if the judicial power is not separated from the legislative and executive ones".¹

Sovereign power in Poland is vested in the people which exercises power through its representatives either in the Parliament, or in the local representative bodies, or, finally, through a referendum. Bearing in mind this general feature, it is necessary to duly appreciate the diversity of tasks to be carried out by different types of state bodies, as well as the diversity of procedures used by different agencies. A certain equilibrium of different branches of government is necessary for the health of the state. In Poland, for many years, the administration occupied a predominant position. The powers of the elective bodies were underdeveloped, and this also applied to the judiciary. In that connection, the administration was not restrained sufficiently by the legislative bodies, nor the judicial ones.

In 1987, I stated as follows: "Courts of law are necessary to the people not only as unquestioned oracles of the law and justice. They should express the commonly recognized, high moral values. Courts may not be regarded simply as other state agencies, particularly administrative ones, or e.g. armed forces.

A citizen seeks protection among others before the court when he feels that he has not been treated properly by another agency."²

A proper balance between the legislature, executive, and the judiciary makes an abuse of power impossible. It may ensure that the crisis of the government is not the crisis of the state, as was the case in Poland.

Such ideas found expression in the "round Table" agreements adopted after the talks held from February 6 to April 5, 1989. Those agreements have opened the way to political pluralism. They have initiated the elaboration of the system of parliamentary democracy in Poland. In the final document adopted by the "round table" the following was stated: "The separation of the legislative, executive and judicial powers shall be the bases of democratization of the structures at all levels of the state machinery".³ It has been recognized that the independence of the judiciary is of basic importance for a legal functioning of the state and for the protection of the rights and interests of citizens. It has been regarded as purposeful to introduce to the Constitution the principle of irremovability of judges, to abolish

the term system of the S. C. justices tenure, to establish by constitutional provision the National Council of Judiciary, to expand the powers of judicial self-government through, among others, strengthening its role in making decisions on the appointments of the presidents of the courts, to introduce the terms of office for the presidents of the courts, to extend the courts' jurisdiction, e.g. through covering the economic disputes that used to be settled by the State Economic Arbitration Commissions abolished on October 1, 1989.

Some other agreements that improve the position of the judiciary have also been reached.

Somewhat earlier, i.e. since January 1, 1989, the remuneration of judges was substantively raised. A mechanism was created at the same time that made the judge's remuneration dependent on the rate of wages in the sphere of so-called 'material production'. The judge's remuneration is a multiplied average income in that sphere.

The "round table" agreements complied with most of the postulates put forward earlier by the judges.⁴

Those agreements, in part covering the judiciary, have been enforced through amendments to the Constitution, newly enacted laws, and administrative arrangements. Some new provisions have gone beyond the agreements, following the postulates that were not agreed upon. They concern a ban on a judge's membership of any political party, and on participation in any political activity.

The administration of justice in Poland is exercised by the Supreme Court, common courts and special courts. The special courts are the High Administrative Court, and the courts martial.

On December 31, 1988, there were in Poland: the Supreme Court consisting of 112 judges, 44 regional courts employing in total 1234 judges, and 274 district courts employing 2841 judges. The High Administrative Court embraced 86 judges. There were 94 judges of the courts martial, excluding those of the Division for the Military Affairs of the Supreme Court. In both regional and district courts, 69 395 lay judges were taking part in adjudication. In 1988, the courts examined some 2 000 000 cases, including some 400 000 criminal law cases. Some 14 000 cases were tried by the High Administrative Court. The number of court cases rises slightly each year.⁵

The position of courts within the state structure and in public opinion depends on the extent of their jurisdiction, their impartiality, the equity of their judgements, as well as their degree of independence.

Until 1980, the opinion was predominant in Poland that the scope of the court jurisdiction should be limited to the criminal law and civil law cases. The doctrine was promoted according to which many groups of cases that would normally be examined by courts, were to be subject to administrative agencies, or different quasi judicial bodies, e.g. different arbitration commissions. From 1980, the expansion of court jurisdiction was consolidated, and a growth of public trust in the judiciary took place. The fruit of this tendency was the subjection of administrative decisions to the court's review in 1980. Since September 1, 1980, the High Administrative Court has operated. This Court examines whether the valid administrative decisions accord with the law.

The courts have also gained jurisdiction over disputes arising from the func-

tioning of state enterprises. The courts have been vested with the power of granting or refusing legal status to trade unions and associations, as well as with some powers regarding attorneys at law and the self-government of the legal profession. On October 1, 1989, the State Arbitration Commission was abolished and its cases were taken over by the courts. Due to those facts, the activities of the courts have become mainstream within overall state activity, covering the social and economic life of the country. The courts now attract much more attention from public opinion than they did some years ago. The view has even been put that this expansion is excessive, e.g. some cases, non-judicial in nature, are also dealt with by courts, among others the disputes between the director of an enterprise and the bodies of self-government of the workers of that enterprise.

The justice of the courts' decisions depends not only on the courts themselves. First of all, it depends upon the level of justice embodied in the laws which the courts adjudicate. However, it also depends on courts to a great extent. The opinion is well grounded that a good court is just even if the law is not. On the other hand, a bad court may misuse a just law. The impartiality of courts depends entirely on them. A partial court is never just.

The courts may be just and impartial only if they are independent. The Constitution of the Republic of Poland stipulates that the judges are independent and subject only to the law. In accordance with the "Round Table" Agreements, an amendment to the Constitution has been adopted according to which the judges are irremovable, unless the law provides for the contrary. This principle, before the amendment of April 7, 1989, was embodied only in the Act on the structure of common courts of law. Also the principle of examining cases in open court is a constitutional one. There are some exceptions under the laws.

A judge may not be arrested, nor brought to the criminal or administrative court without the consent of the disciplinary court, unless he has been arrested *flagrante delicto*. Any appointment of a judge to another post, or removal from his position — with some exceptions — may occur only with his consent.

All judges in Poland are appointed, on a life tenure basis, by the President of the Republic of Poland, at the proposal of the National Council of Judiciary.

The judge may be removed at the proposal of the National Council of Judiciary, if he:

- 1) has resigned,
- 2) has an illness or disability — which has been declared by the medical examination committee of disability and employment — as making him permanently unable to carry out the judicial duties, or if he refuses, without sufficient grounds, to be examined by such a committee, despite a ruling by the board of the regional court or the Supreme Court on the necessity, of such an examination,
- 3) has reached the age of 65, unless the National Council of Judiciary, at the initiative of the president of the regional court, the Supreme Court, or the High Administrative Court, or by the judge concerned, permits the further holding of the post, no longer, however, than up to the age of 70,
- 4) has contracted a marriage with a person who practises the profession of attorney at law and who failed to cease practising this profession within three months from the day of contracting the marriage,

5) owing to an illness and to paid leave to improve his health has not been in service continuously for a period of more than one year,

6) has been expelled from the service following a decision by the disciplinary court.

Until December 29, 1989, it was possible to dismiss a judge who could not properly exercise his judicial duties. The abolition of this rule has considerably enhanced judicial independence, for it happened in some instances that judges were dismissed for political reasons on just these grounds.

The judge is obliged by law to behave according to the solemn oath he takes, and to improve continuously his professional qualifications. The judge should — in office and out of office — have regard to the seriousness of his post and avoid all that would challenge the judge's dignity or weaken trust in his impartiality. The listed guarantees of judicial independence are in conformity with the Basic Principles on the Independence of the Judiciary adopted by the UN General Assembly in its resolution 40/146 of December, 1985.

To ensure the independence of judges, the Act of December 20, 1989, being in force since December 29, 1989, has introduced the principle that while holding office a judge is prohibited from being a member of a political party, or from taking part in any political activity. This ban does not affect the position of an MP or Senator. According to these provisions, the judges who belonged to a political party or who took part in political activity are obliged to declare the termination of either such activity, or membership.

The same rule was in force in Poland in 1918–1939, and it has been referred to now. Such a ban is regarded by some as an act of discrimination against judges. It is also worth noting that the cited Basic Principles on the Independence of the Judiciary embody no such requirements. Just the eighth rule provides for the following: "In accordance with the Universal Declaration of Human Rights, members of the judiciary are like other citizens entitled to freedom of expression, belief, association and assembly: provided, however, that in exercising such rights, judges shall always conduct themselves in such a manner as to preserve the dignity of their office and the impartiality and independence of the judiciary".

Hence, judges in Poland are granted constitutional and legal guarantees of independence. Such guarantees are necessary but insufficient. Material guarantees are also necessary, and, what is most important, the judges should be such persons of integrity, and have the courage of their convictions that no attempt to violate their independence or impartiality would succeed.

In the years 1944–1988, judges were paid rather poorly. Simultaneously, a ban on undertaking any other paid occupation was — and is — in force. As late as January 1, 1989, as I have mentioned before, judges' remuneration was substantively raised, and a mechanism has been created to increase their salaries along with the growth in the rate of wages in the so-called "production sector". Today it is evaluated that the judges are being paid modestly, but sufficiently in comparison with other workers paid from the state budget.

The judge is required to possess numerous merits. He should be characterized by a "penetrating mind", criticism, courage in taking decisions regarded by him as just ones, forbearance, polemical skill and with the ability to defend of his own

position in any case, the skill of respecting the dignity of other people, a democratic attitude, the ability to inspire trust in his impartiality and the correctness of his decisions. According to the solemn affirmation taken by each judge, he should remain loyal to the Polish people, uphold the law, and keep state and professional secrecy. Given that judges hold their offices on a life tenure basis, and may not be removed, particular importance is attached to the selection of candidates for the judgeships, and to promotion. Until December 29, 1989, judges were appointed on motions of the Minister of Justice, and, judges of the Supreme Court — on motions of the First President of this Court submitted after taking the opinion of the Board of the Supreme Court. According to the political opposition, such a procedure did not ensure proper selection. Following the initiative of the representatives of "Solidarity", it was agreed upon during the "round table" talks that in order to strengthen the guarantees of judicial independence, a National Council of Judiciary would be appointed, as a body competent in cases of appointments, promotions and transfer of judges, as well as in matters of a general nature concerning the judiciary and the rule of law.

In realization of this agreement, on April 7, 1989, the National Council of Judiciary was introduced by the Constitution (Article 60), and on December 20, 1989, the National Council of Judiciary Act was adopted, coming into force on December 29, 1989.

The National Council of Judiciary is designed to protect the independence of judges and courts. Its tasks are as follows:

1. examination of candidatures for judge's posts in the Supreme Court, High Administrative Court, common courts and courts martial, as well as presentation to the President of the Republic of Poland the motions on their appointment,
2. examination and decisions on the transfer of judges to other judicial posts, taking into account the dignity of the judge's post,
3. delimitation of numbers of members of the Disciplinary Court and the Higher Disciplinary Court, as well as prescribing the numbers of members of disciplinary court being elected appropriately by the General Assemblies of the judges of the Supreme Court, of the High Administrative Court, and by the assemblies of the representatives of the general assemblies of judges in the regional courts,
4. approving the prolongation of the tenure of those judges who have reached the age of 65,
5. giving opinion concerning the professional ethics of judges,
6. hearing information provided by the First President of the Supreme Court, Minister of Justice, President of the High Administrative Court and the President of the Higher Disciplinary Court, as well as giving opinion concerning the conditions of the judiciary,
7. giving opinion on proposals for changes in the structure of courts, as well as on other matters concerning the operation of the court system,
8. studying the drafts of normative acts concerning the judiciary,
9. giving opinion on training for court trainees, on the scope and way of carrying out the judge's examinations, as well as on the rules according to which the work of assistant judges is to be evaluated.

10. giving opinion in matters concerning judges and courts that have been submitted to the Council by the President of the Republic of Poland, other state authorities, as well as by the general assemblies of judges.

Hence, the competence of the National Council of Judiciary is quite comprehensive. The Council consists of: the First President of the Supreme Court, the President of the Supreme Court who presides over the S.C. Division for Military Affairs, the President of the High Administrative Court, two justices of the S.C., one judge of the HAC, nine judges of common courts, one judge of the courts martial, four members of the Sejm, two senators, a person authorized by the President of the Republic of Poland, and the Minister of Justice. Hence, the Council is composed of 24 people. It elects its President and Vice-President from among its members. The Council's term of office is four years.

The members of the Council are elected by the Sejm from among the members of the Sejm, the Senate from among senators, and General Assemblies of the S.C. and HAC from among judges of those courts. The members from common courts are elected by the assembly of representatives of general assemblies in regional courts from among those representatives, and the member from the courts martial by the assembly of judges of those courts. An MP, senator or judge may not be elected to the Council if he has already served for two consecutive terms.

So, the Council is neither a parliamentary, i.e. political body, nor part of the judicial self-government. It is of a mixed character. Nor it is an administrative agency. The Council is serviced by the Chancellery of the President of the Republic of Poland.

The Council holds plenary meetings. Resolutions need the presence of at least two thirds of members. There is majority, open voting. In the case of equal distribution of votes, the vote of the Chairman prevails. Voting may be secret at the proposal of a member. The sittings of the Council are held at least once every three months. The Council follows its own Rules.

Candidates for judge's posts are submitted to the Council by the general assemblies of the S.C., HAC, and the regional courts. The number of candidates must be double the number of vacant posts. This does not apply to judgeships in the district court, or if there are no other suitable candidates. The candidates for posts on courts martial, presented by the assembly of military judges, are submitted to the Council by the Minister of National Defence.

How is the appointment and functioning of the National Council of Judiciary to be evaluated? I think that there is no an infallible procedure ensuring the selection of the best candidates. However, the hope that the National Council of Judiciary will ensure it better than the previous system is probably correct. The selection of candidates is now more open than it used to be. In addition, openness, as is commonly known, is an effective means of ensuring correct decisions.⁶ It should be kept in mind that any opinion on the question: who is the best, is always subjective. It depends not only on the character of the person under examination, but also on the preferences of the examiner, and on the overall social and political situation in the country.

Poland has followed the Italian experience in that regard.⁷ The functioning of the Council in Poland should promote — as has been stated by the Minister of

Justice — “giving up the involvement of the judiciary in politics”, and, actually, its impartiality.

The process of making the judiciary the “third power” is well advanced. Yet it is not complete. Much effort, and considerable time are necessary to achieve satisfactory development. Also the factors that may jeopardize it can be seen. The most dangerous would be to shut the courts off from the mainstream of democratic changes in the country, leaving them only with professional matters.

Notes

¹ See: *Montesquieu, Ch.: De l'esprit des lois*. Book 1, PWN (State Scientific Publishers), Warsaw 1957, p. 234.

² *Lopatka, A., Gulczyński, M., Reykowski, J.: Reforms, Balance, Moderation*. KiW Publishers, Warsaw 1988, p. 5.

³ The Round Table Agreements. Warsaw, February 6–April 5, 1989, p. 4.

⁴ E.g. in the speech of the First President of the S.C. delivered on November 3, 1988, before the General Assembly of Judges of the S.C., published in: 70th Anniversary of the Supreme Court 1918–1988. The Publishing House of Trade Unions, Warsaw 1989, pp. 8–15. Postulates of similar meaning were presented by the judges of the S.C. in 1988; they are published in the collection: Who is to be a judge? A collection of opinion from the judges of the S.C. Warsaw 1989, p. 374.

⁵ Most data cited are from the Statistical Yearbook, 1989. Published by the Main Statistical Office, pp. 502–507.

⁶ This opinion has been presented by me in an interview given to the “Prawo i Życie” weekly (The Law and the Life). See: issue of November 11, 1989.

⁷ The Limits of Independence. An interview given by A. Bentkowski, Minister of Justice, “Życie Warszawy” weekly (The Life of Warsaw). October 14–16, 1989.

International Protection of Human Rights and Domestic Law

HANNA BOKOR-SZEGŐ

1. The universal value of human rights

Approaching the 21st century, the question of human rights is of great importance in the external affairs of every state. Namely, it has become quite clear that only a human being, who lives without fear, properly educated and consciously participating in political decisions is able to use the achievements of the scientific-technical revolution, which are the preconditions of every modernization. The role of the human factor has been upgraded in value compared to every previous period; a state which does not reckon with it, falls behind in the international competition, unable to take a proper part in the international system. No matter which social and political system a given state has today, this fact should decisively shape the basic principles of its politics, including the nature of its social policy. From this aspect Pissar's statement deserves attention according to which: "A une époque où la dislocation économique menace à la fois la liberté et la paix et où toutes les tentatives constructives sont bloquées par les chimères du passé, il est rassurant d'évoquer une vérité presque évidente: la vraie richesse des nations réside plus dans le potentiel inemployé de leurs hommes et de leurs femmes que dans toute autre ressource".¹

In the course of creating the fundamentals of a legal system — to a certain extent regardless of its temporary economic possibilities and level of development — in our times every state should necessarily proceed from the universal catalogue of human rights, which includes both civil and political rights as well as economic, social and cultural rights.

The recognition of the universal value of human rights decisively influences the co-operation of states, too, namely, the international protection of human rights moves to the foreground. At the universal and regional level new types of international conventions appeared in which states assumed responsibility for ensuring human rights in their own territory, in co-operation with each other. Such an assumption of responsibility means a clear break with the traditional view, i.e. that the regulation of the situation of the population living on the territory of a state belongs exclusively to the internal affairs of that state. It expresses the reality that respect for human rights is in the interests of the whole international community of states.

The acceptance of internationally elaborated rules on a universal and regional level is a certain "entrance ticket" to the modern community of states. However, the duties of states are not exhausted with the acceptance of international obligations.

2. The problem of the relationship between domestic and international law

It is obvious that prior to the acceptance of an international obligation, states generally evaluate those consequences which concern the domestic legal system and, on this basis, they decide to take the given international obligation. Nowadays — as concerns the acceptance of international obligations related to human rights — their decisions are necessarily influenced by the international need for implementation. If today there did not exist efficient international control mechanisms for the enforcement of human rights² — the states would be inclined to take international obligations for only claiming their “international fitness for society” without the proper establishment of a domestic legal system. (There have been some examples for that in several states.) It is undeniable that even before the establishment of international control mechanisms such a rule prevailed that after accepting an international obligation a state could not refer to its own domestic law in order to evade the performance of the international obligations assumed earlier.³ Even in the past, if a state did not harmonize its domestic law with its international obligations, in such a case it committed a violation of international law, for which it owed international responsibility towards the interested state or states. However, since the operations of international control mechanisms serving the enforcement of human rights have become more and more effective, it has become obvious, that if the international obligation assumed by a state and its domestic system of law as well as its application are not in harmony, this circumstance can bring adverse political and other consequences to the given states.

Despite the fact that the recognition of the universal value of human rights generally decisively influence the decision of states to accept international obligation, even today it is their sovereign right to decide when and to what extent they become parties to some concrete international treaties.⁴ It is their sovereign right, too, to decide whether they will implement the obligations which they assume at international level, at the level of the constitution, or in the form of legal regulations adopted on a lower level.

Several contemporary scholars of international law have analysed the theoretical questions of the relationship between international and domestic law.⁵ Different theoretical schools have appeared and even inside the dualistic and monistic schools various views exist. The analysis of these views, the comprehensive explanation of this problem would far exceed the terms of reference of this paper, therefore here we will only point to the substance of the practical aspect of the question, referring to some constitutions as examples.⁶ In the course of it we do not even classify different types, that would require an examination of the legal systems of the given states from the point of view of how international obligations prevail through practical legal solutions and to what extent.⁷

Several constitutions do not deal with this problem at all. There are constitutions which refer to respect for the general principles of international law only in a general way. So for instance Article 10 of the Italian Constitution declares that the legal system of Italy adapts itself to the generally accepted rules of international law. Such constitutional regulations leave open the question whether the term

'general principles of international law' includes certain norms or not (whether it talks about *ius cogens*, or eventually international customary law) and who decides about this question in a given case.

The Grundgesetz (Constitution) of the Federal Republic of Germany on one hand declares in its Article 25 that the general rules of international law constitute a part of the federal law. They have priority over domestic law and directly establish rights and duties for the inhabitants of the federation. On the other hand, Article 100 rules that where, in the course of judicial procedure, some doubts appear as to whether a certain rule of international law is a part of the federal law and whether it establishes directly rights and duties for individuals, the Federal Constitutional Court will be asked by the court to decide the matter. At the same time Article 59 of the German Grundgesetz rules on the international treaties that such federal laws should be enacted which accord with the international treaties determined by this Article.

According to Article 55 of the French Constitution duly ratified or approved treaties or agreements shall, upon their publication, have an authority superior to that of laws, subject, for each agreement or treaty, to its application by the other party.⁸

Actually the question of the relationship between domestic and international law could become significant in practice in the case of a contradiction between them; when in a given state an organ applying the law got into such a situation that it had to take stand on whether the domestic or the international norm should be applied.

3. Hungarian regulation concerning the relationship between domestic law and international law

How do domestic law and international law stand in relation to each other generally in the Hungarian legal system and particularly concerning the international documents dealing with the international protection of human rights?

As far as the general aspect of the question is concerned, the previous Hungarian Constitution did not contain any rule about the relationship between domestic and international law. Law-Decree No. 27 of 1982 (§§ 13–14) provided for the forms of promulgation or publication of international treaties or agreements. (Here we should mention that the difference between the importance of "promulgation" or "publication" was not made clear either by the Law-Decree or by its ministerial commentary.)

According to § 7 (1) of the Hungarian Constitution in force: "The legal system of the Hungarian Republic accepts the generally recognized rules of international law, furthermore it ensures the accordance of the assumed international obligations and the domestic law".

Although § 7 (2) declares that the order of law-making is regulated by Act, however, until now there has not been new Act enacted on this subject. Even today Act No. XI of 1987 is still valid, which virtually adopted the construction of Law-Decree No. 27 of 1982 as it declares in § 16 (1): "International treaties containing general rules of conduct should be promulgated by legal rules appro-

priate to their content. According to section (2) an international treaty not integrated into a legal rule — unless the Presidential Council or the Council of Ministers rule otherwise — should be made public in ‘Magyar Közlöny’” (Official Journal).

We ought to add to the above that the term “general rule of conduct” quoted above is not unequivocal at all. Furthermore, according to section (2) there is a chance even today that some international treaties would not be promulgated or made public.

Regardless of the formal aspects of the problem the Constitutional Court already has substantial tasks to secure the harmony between domestic law and international treaties. (See Act No. XXXII of 1989, § 1/c.) The Constitutional Court examines the legal rules from the point of view of collision with the international treaties and if it ascertains that they collide with international treaties, it initiates the appropriate measures to solve the problem. (See §§ 44–46 of the Act.) From the aspect of our question § 47 of the Act is particularly important. According to it: “Under section (1) if the Constitutional Court ascertains that the law-making organ has omitted its legislative task due to the international treaty, the Court calls the organ committing the omission to perform its duty — with a deadline. Under section (2) the organ committing the omission is obliged to fulfill its legislative duty by the given deadline”.

This regulation could solve the problem connected with the distinction between “promulgation” and “publication”, moreover the Constitutional Court would also be confronted with the task of examining: whether such international obligation do exist which were neither promulgated, nor published.

We have to deal separately with the relationship of international conventions on the protection of human rights to the domestic law.

Already in this respect Law-Decree No. 27 of 1982 in § 13 (2) ruled “that those international treaties which establish directly rights and duties for private persons and legal entities with general validity, should be promulgated by Act, Law-Decree, Decree of a Minister or of the Council of Ministers”. The latest regulation goes much further than that. Already according to Act No. XI of 1987 § 2 (2) “the fundamental rights and duties of the citizens, their conditions and limits and the procedural rules of their implementation should be established by Act”. (In this respect § 5 of the Act contains details, too.) And under § 14 those legal rules which concern the citizens should be promulgated in “Magyar Közlöny”.

According to § 8 (2) of the Hungarian Constitution in force the rules relating to the fundamental rights and duties of the citizens should be established by Act, however, it could not limit the substantive content of a fundamental right.

Consequently, according to the law in force the international treaties related to the protection of human rights should be promulgated through law (Act). It is questionable whether the reference in the valid Hungarian Constitution to the “fundamental” rights creates or not a certain confusion,⁹ namely because their separation from “other” rights is very much disputable. It could be imagined, however, that in this respect the practice of the Constitutional Court may contribute to an unequivocal solution.

On the basis of the aforesaid let us now examine concretely which are the tasks for the domestic law in respect of human rights the protection of which has been internationally undertaken before and what kinds of requirements confront the

Hungarian legal system, relating to international obligations to be assumed in the near future.

We cannot undertake the examination to what extent the domestic law is in accordance with the assumed or future international obligations of Hungary in detail. Therefore we will confine ourselves to elucidating such general subjects in relation to which the question of accord between international and domestic law might be put on the agenda.

4. The international obligations taken in the past and their accord with the domestic law

a) The promulgation of treaties

We already have mentioned the duty of states to transform their obligations assumed on the international level into domestic law. On the basis of which the citizens can learn and the authorities can apply the rules included in the international treaties. This requirement is particularly valid concerning the international conventions on human rights. However, in the past the Hungarian legislation had significant defects in this field. For example, several international labour conventions, to which Hungary had been a party for decades and which even today decisively influence the rights of the citizens, were not promulgated. Among them the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention (No. 87),¹⁰ the Equal Remuneration Convention (No. 100),¹¹ the Maternity Protection Convention (No. 103),¹² furthermore the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111).¹³

We have to mention that several international conventions (e.g. lately the UN Convention on the Rights of the Child, Article 42) also explicitly prescribes that its contents should be made public in a wide and comprehensive way. The appropriate information for Hungarian public opinion can contribute to influencing the conscience of society and promote the progress of democracy as well.

b) Obligations to report related to the application of treaties

States are obliged to make regular reports to the international organisations about the application and implementation of certain international conventions.¹⁴ E.g. such are obligations related to the two international covenants on the protection of human rights, to several other UN conventions about the protection of other rights, to the international labour conventions, etc. From the reports sent by Hungary to the organs of the international organisations world public opinion is informed as to whether Hungary fulfills its international obligations connected with human rights. In given cases these reports can constitute the basis for the evaluation of the international control mechanisms about our state. As far as I know Hungary has always met these obligations to report in the past. However,

it would also be desirable if members of Parliament as well as public opinion could get proper information about the contents of these reports and the observations of the international bodies on these reports.

c) Obligations related to the unratified international treaties

Referring to the need to ensure publicity for the implementation of human rights we have to mention: such international obligations also exist (e.g. see the Constitution of the International Labour Organisation, Article 19, section 5), according to which states are obliged — regardless of whether they intend to be a party or not — to submit the conventions adopted in international conferences to the “competent authorities”.¹⁵ By this term is meant the authority which possesses competence to legislate in those questions related to the subject of the convention. As far as human rights are concerned, according to the Hungarian Constitution in force in this respect the “competent authority” is Parliament. The members of Parliament, after the proper briefing, can decide whether Hungary is to adopt and implement the given international convention. It would contribute to the understanding of the parliamentary representatives as well as that of the whole of Hungarian public opinion, if we satisfied this obligation not only formally, but if Parliament would examine the possibilities of the domestic implementation of the new international standards on its merits.

5. New international obligations to be assumed in the sphere of human rights

The increased emphasis on the international protection of human rights unquestionably creates such a situation for states that before the adoption of any domestic legal rule affecting citizens they have to consider the existing international standards. If they do not intend to fall behind the standards accepted as general values in the universal sphere, if they intend to be integrated into the regional frameworks, they have to consider the existing international documents. These days on both universal and regional level such international treaties exist, which cover every aspect of the internal affairs of states. In this regard as examples I quote only such universal and regional documents, which influence the Hungarian domestic legal system to a wide extent.

a) Obligations of a universal character

Hungary is already a party to two documents created on a global level, which comprise the whole catalogue of human rights: The International Covenant on Civil and Political Rights (Law-Decree No. 8 of 1976) and The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Law-Decree No. 9 of 1976). The provisions of the Hungarian Constitution in force correspond to the rights mentioned by these two Covenants. (See particularly §§ 3–4, § 8, §§ 15–16 and §§ 54–70 of the Hungarian Constitution.)

Nevertheless, such interpretation principles also appear in these respects which necessarily influence further legislation of a detailed character, and particularly the application of law. This circumstance requires first of all the survey and analysis of the appropriate practice of international bodies (UNO, ILO, UNESCO, etc.). Moreover, it is necessary to consider recent interpretation principles, too.¹⁶

Not long ago — on a universal level — a new convention was adopted, which requires the working out of detailed regulation in every field of domestic law. The General Assembly of the United Nations adopted the Convention on the Rights of the Child on November 20, 1989 and Hungary ratified recently this document. After the ratification of this Convention the reconsideration of the whole legal system as well as the elaboration of new rules are required. As the provisions of this Convention comprise the following groups of rights: civil and political rights (Articles 6–10 and 12–17); economic, social and cultural rights (Articles 6, 18, 24, 26–29 and 31); rules concerning the special protection of the child in the framework of family and society (Articles 11, 19, 32–37 and 39–40); the protection of special groups of children (Articles 20–21, 23, 25 and 30); the protection of children in extraordinary situations (Articles 22 and 38).

b) New obligations of a regional character

The Hungarian law-making bodies and organs applying the law undoubtedly face a great task regarding regional obligations. Hungary, in joining the Council of Europe, has recently ratified the European Convention on Human Rights and the connected protocols. The comparison of these documents with the domestic law is a difficult task. In this matter it is also necessary to establish what kind of relationship these regional documents have to the international treaties of universal character, i.e. in what aspect the former surpass in content the latter. However, the assumption of regional obligations is a complex task which goes beyond the analysis of the harmony of international documents and domestic law. In the framework of the International Covenant on Civil and Political Rights and other documents with universal character machinery of control also operates, but organs with similar character operate much more effectively in the regional framework. The explanation is rather obvious: among the states with a homogeneous political and economic structure the uniformity of legislation and law application really can be expected. While on the universal level we have to consider the different political and economic characteristics of states, their various levels of development, different traditions, customs.

As a consequence, not only harmony between the European Convention on Human Rights and domestic law should be ensured; the organs applying the law also have to take into account the statements of principle reflected in the decisions of organs created in the framework of the Convention (European Commission of Human Rights, European Court of Human Rights).

Furthermore, according to the § 57 of the Convention on receipt of a request from the Secretary General of the Council of Europe any contracting party must furnish an explanation of the manner in which its internal law ensures the effective implementation of the provisions of the Convention.

In the regional framework it also becomes a very complex problem to establish the relationship of the Hungarian legal system to the European Social Charter.

The complexity of the problem may be explained by the fact that the legal character of the obligation undertaken on the universal level in the field of economic, social and cultural rights differs from the civil and political rights. Namely there is a difference between the legal character of the obligations assumed concerning certain rights in the system of the two Covenants on human rights. There is a small sphere — all of them belong to the civil and political rights — which should be considered as absolute rights. Another sphere of the rights — also belonging to the sphere of civil and political rights — are of an absolute character in normal circumstances, it is possible to derogate from them only temporarily, in a situation which threatens the existence of the nation, at the time of an officially declared emergency situation. In the sphere of civil and political rights there is such a group of rights, which in certain circumstances could be limited permanently. Finally, according to the Covenant on economic, social and cultural rights, as concerns these rights the states assume responsibilities only to secure them progressively.¹⁷

At the same time — just in the sphere of economic and social rights — on the universal level there are other international conventions, whose prescriptions appear as obligations to be implemented at once. Here first of all we have to reckon with several international labour conventions adopted in the framework of the International Labour Organisation (ILO).

The complex system of the European Social Charter should be compared with these obligations assumed on the universal level. According to Valticos: "The provisions of the European Social Charter have been based to a large extent on the relevant ILO standards, the standards set in the Charter are, by and large, equivalent to those contained in ILO Conventions and Recommendations; in some cases they are at lower level."¹⁸

The substance of the system of the European Social Charter can be summarized as follows: from among the 19 rights enumerated in Part II of the Charter [the right to work (Article 1); the right to just conditions of work (Article 2); the right to safe and healthy working conditions (Article 3); the right to a fair remuneration (Article 4); the right to organize (Article 5); the right to bargain collectively (Article 6); the right of children and young persons to protection (Article 7); the right of employed women to protection (Article 8); the right to vocational guidance (Article 9); the right to vocational training (Article 10); the right to protection of health (Article 11); the right to social security (Article 12); the right to social and medical assistance (Article 13); the right to benefit from social welfare services (Article 14); the right of physically or mentally disabled persons to vocational training, rehabilitation and social resettlement (Article 15); the right of the family to social, legal and economic protection (Article 16); the right of mothers and children to social and economic protection (Article 17); the right to engage in a gainful occupation in the territory of other Contracting Parties (Article 18); the right of migrant workers and their families to protection and assistance (Article 19)], according to Article 22 states should accept at least 10 rights as obligations. Among these 10 rights at least five should be from the seven rights so-called "compulsory nucleus" as follows: the right to work (Article 1), the right to organize (Article 5), the right to bargain collectively (Article 6), the right to social security

(Article 12), the right to social and medical assistance (Article 13), the right of the family to social, legal and economic protection (Article 16), the right of migrant workers and their families to protection and assistance (Article 19). The Protocol of the European Social Charter contains four further rights, namely the right to equal opportunities and equal treatment in matters of employment and occupation without discrimination on the grounds of sex (Article 1), the right to information and consultation (Article 2), the right to take part in the determination and improvement of working conditions and working environment (Article 3), the right of elderly persons to social protection (Article 4). According to Article 5 of the Protocol the participating states should consider themselves bound by one of these rights.

In relation to the adoption by Hungary of this document as well as to the decision determining the selected rights, already assumed international obligations should be taken into account. Among them there are such rights which are listed in the so-called "compulsory nucleus" among the seven mentioned rights (e.g. the protection of the right to organize), however, there are such rights, too, which are not listed in the "compulsory nucleus", although Hungary is bound by them as we assumed these obligations in the framework of the International Labour Organisation. For example, concerning the protection of motherhood (Article 8), Hungary assumed obligations under the already mentioned international labour convention No. 103). Furthermore, in the "compulsory nucleus" Article 7 on the right of children and young persons to protection is, e.g., also not included. As Hungary recently ratified the UN Convention on the Rights of the Child, it is obvious that it will assume the relevant rules in the regional framework, too.

Thus, participation in the European Social Charter requires not only the establishment of harmony with the existing Hungarian legal system, but also with the international obligations which were assumed earlier on the universal level. Irrespective of the fact whether the corresponding international conventions have been promulgated or not. Here the needs of the future also have to be taken into account with the possible international documents which are significant in this field.

6. The establishment of domestic possibilities of remedy

It is a characteristic feature of the international control mechanisms for the protection of human rights that — given the existence of certain conditions — on the basis of the appropriate assumption of obligations by the contracting states, they also give individuals the right to submit their complaints to competent international organs. So according to Article 2 of the Optional Protocol to the Covenant on Civil and Political Rights those individuals who claim that any of their rights have been violated may submit a written communication to the Committee of Human Rights. Hungary is a party to the Optional Protocol. (See Law-Decree No. 24 of 1988.)

Under Article 25 of the European Convention on Human Rights the individual has similar rights, i.e. may submit a petition to the European Commission

of Human Rights provided that the state against which the complaint has been lodged has declared that it recognizes the competence of the Commission to receive such petitions. Hungary recognized the competence of this Commission. Both documents (see Article 5.2/b of the Optional Protocol to the Covenant on Civil and Political Rights and Article 26 of the European Convention on Human Rights) stipulate that the competent international organs may only deal with the matter if the individuals have exhausted all available domestic remedies.

What in Hungary are the available remedies concerning the violation of human rights?

According to § 70/K of the Hungarian Constitution: "Claims arriving out of violation of fundamental rights may be enforced before, and complaints about state decisions concerning compliance with obligations may be lodged with, courts."

Under § 48 of the Act on the Constitutional Court: "Any person may lodge a constitutional complaint alleging that he or she has been injured by the application of an unconstitutional provision of law in respect of his or her rights and that no other remedy is available or the remedy has been exhausted."

The construction on each other of the already existing legal remedies is not quite clear. What happens with an individual's complaint which was refused by the court formally not due to the application of an unconstitutional legal rule, but due to an illegal application of a legal rule, which was not in accord with the basic principles of human rights? Whether the individual in such a case and on what basis can turn to the Constitutional Court or he or she may turn exclusively to the international organs?

Despite the legally existing remedies there is no doubt that their effective operation in practice is not yet a reality. The Act on the Parliamentary commissioners projected by Chapter V of the Hungarian Constitution has not been issued up to now. The activities of such commissioners may undoubtedly contribute to the revelation of abuses in the field of human rights and to the initiation of procedures for their remedy.

The assurance of the adequate domestic remedies is necessary first of all for the implementation of human rights in Hungary, however, it can also make unnecessary the proceedings of the international organs. To avoid such international procedures would not be irrelevant to the international image of Hungary, either.

Notes

¹ *Pisar, S.*: La ressource humaine. Éditions Jean-Claude Lattes, 1983, pp. 24-25.

² See in detail: *Bokor-Szegő, Hanna*: Az ENSZ helye a nemzetközi jogalkotásban (The Role of the United Nations in the International Legislation). Akadémiai Kiadó, Budapest 1976, pp. 153-168; *Mavi, Viktor*: Az Európa Tanács és az emberi jogok nemzetközi védelme (The Council of Europe and the International Protection of Human Rights). Jogtudományi Közlöny, No. 7-8/1990.

³ See Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (Law-Decree No. 14 of 1987).

⁴ See: *Bokor-Szegő, Hanna*: A nemzetközi szerződésekhez fűzött fenntartások (Reservations to International Treaties). Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1961, pp. 196-206.

⁵ See in more detail e.g. *Bodnár, László*: A nemzetközi szerződések és az állam (International Treaties and the States). Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1987, pp. 15-52.

⁶ On the constitutional regulations and their critique concerning the relationship between international law and domestic law see: *Visser, de P.*: Les tendances internationales des constitutions. R.C.A.D.I. 1952, T. I, pp. 519–533.

⁷ On the text of constitutions see: Nyugat-Európa alkotmányai (The Constitutions of Western Europe). Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1988.

⁸ On the condition of reciprocity see: *Pelloux, R.*: Quelques réflexions sur le préambule de la constitution française de 1958. In: *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*. Éditions A. Pedone, Paris 1960, p. 398.

⁹ On the rejection of the distinction between «basic rights» and other rights see in detail: *Bokor-Szegő, Hanna*: Az emberi jogok egyes csoportjainak megkülönböztetése és az alkotmányfejlődés (The Distinction of the Various Groups of Human Rights and Constitutional Development). Állam- és Jogtudomány, No. XXXI/2, pp. 335–338.

¹⁰ The deposit of the instruments of ratification: Geneva, June 5, 1957.

¹¹ The deposit of the instruments of ratification: Geneva, June 8, 1956.

¹² The deposit of the instruments of ratification: Geneva, June 8, 1956.

¹³ The deposit of the instruments of ratification: Geneva, June 20, 1961.

¹⁴ See in detail: *Bokor-Szegő*: Supra No. 2, pp. 153–168.

¹⁵ See in detail: *Bokor-Szegő*: Supra No. 2, p. 149.

¹⁶ See: The Syracuse Principles of the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights. In: *Human Rights Quarterly*, Vol. 7, No. 1, pp. 3–22; The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on the Economic, Social and Cultural Rights. In: *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, No. 2, pp. 122–135; Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Exception. In: Report of the Sixty-first Conference of the International Law Association, pp. 56–96.

¹⁷ See: *Bokor-Szegő*: Supra No. 9, pp. 347–352.

¹⁸ *Valticos, V.*: International Labour Law. Kluwer–Deventer, The Netherlands 1979, p. 65. (See: *Ibid.* pp. 93–95 on trade union rights.)

La signification de la protection des minorités dans la Constitution et le droit

THOMAS FLEINER-GERSTER

I

Introduction

L'article 3 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen proclame : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la *Nation* ». Et dans la Déclaration d'Indépendance américaine de 1776, on peut lire cette phrase : « ... si un gouvernement ... vient à méconnaître ces fins, le *peuple* a le droit de le modifier ou de l'abolir et d'instituer un nouveau gouvernement qu'il fondera sur tels principes, et dont il organisera les pouvoirs selon telles formes, qui lui paraîtront les plus propres à assurer sa Sécurité et son Bonheur. »¹

Aussi bien la Déclaration française des droits de l'homme que la Déclaration d'Indépendance américaine ont, il y a 200 ans, introduit une révolution qui a fondamentalement changé la face des États et des Constitutions, mais aussi celle des peuples et des nations. Le souverain par la grâce de Dieu a été remplacé par le *peuple* ou par la *Nation* comme détenteur de la puissance souveraine. La marche triomphale de l'idée d'un Etat constitutionnel né de la souveraineté du peuple venait de commencer.²

Cependant, si nous devons indiscutablement saluer cette évolution démocratique liée au développement des droits fondamentaux et des droits de l'homme, si nous pouvons profiter aujourd'hui, en tant que citoyens égaux, du pouvoir des peuples et des nations, de la souveraineté et de la démocratie, nous devons quand-même reconnaître que le transfert de la souveraineté à la Nation a créé des problèmes nouveaux et, jusqu'à présent, pratiquement insolubles.

Le nationalisme du XXe siècle, et toutes les discriminations endurées par les petites nationalités et les minorités de la part des autres nations, auraient été impensables sans cet enracinement de la souveraineté du peuple, fondée dans la nation et grandissant avec elle. De cela, Hobbes en a établi le fondement longtemps avant la Révolution française. Avec le contrat social, dit-il, le peuple reprend tous les pouvoirs au Leviathan. Ceux-là ne peuvent dès lors plus être rediscutés. Car, désormais, les lois ne sont plus valables que dans la mesure où elles aient été édictées par l'autorité; quant à savoir si elles sont justes, cela ne joue aucun rôle. « *Auctoritas non veritas facit legem!* ». Ce positivisme, fondé récemment sur la souveraineté de la Nation, a conduit au cours de l'histoire à une tyrannie de la majorité de la nation, qui a conduit elle-même à d'indescriptibles souffrances pour nombre de peuples et de minorités — il suffit pour cela de penser au national-socialisme allemand, au fascisme italien ou au nationalisme japonais.

Même à l'heure actuelle, les conflits entre minorités nationales, raciales ou religieuses, sont la cause fondamentale de presque toutes les guerres, civiles ou internationales. Du Pays basque à Chypre en passant par l'Irlande du Nord, de la Corse au Sri Lanka en passant par Israël, le Timor, l'Afrique du Sud ou l'Erythrée, des Indiens d'Amérique du Nord, comme du Sud d'ailleurs, à la minorité coréenne du Japon, sans oublier les Tibétains ou les Sikhs, nous sommes absolument partout confrontés à des conflits de nationalités ou de minorités, qui posent à presque toutes les nations des problèmes pratiquement insolubles.³ Mais même sous nos latitudes, nous ne sommes pas épargnés par ces problèmes. Rien que pour la Suisse, nous avons un conflit latent au Jura-Sud,⁴ le problème des demandeurs d'asile ou les discussions pour les droits politiques des étrangers.⁵

Presque toute la société industrielle occidentale est en outre en plein processus — qui est d'ailleurs loin d'être terminé — de concrétisation de l'égalité sociale et juridique entre hommes et femmes. De plus, elle doit affronter les revendications de la génération montante, qui veut la reconnaissance de véritables droits constitutionnels en matière de protection de l'environnement, ce qui revient, dans le cadre de la protection de la faune, à ne pas accorder des droits seulement aux êtres humains, mais également aux animaux. Enfin, l'augmentation croissante de convictions religieuses fondamentalistes démontre qu'un modèle essentiel pour la résolution des problèmes de minorités, notamment la sécularisation et la neutralité de l'Etat dans les querelles confessionnelles, peut lui-même être remis en question.

Vu ces problèmes, la Constitution et le droit, qui selon nos conceptions trouvent leurs racines dans la souveraineté de la nation ou du peuple, peuvent-ils prévoir des modèles de solutions qui ne prêteraient main forte ni à la tyrannie de la majorité, ni à celle de la minorité?⁶ La réponse à cette question est simple: si notre pensée juridique et constitutionnelle ne parvient pas à trouver des solutions acceptables pour les minorités, les problèmes posés par les minorités et les nationalités, qui vont s'accroître au cours des prochaines décennies, vont nous entraîner dans des conflits à la fois imprévisibles et insolubles, et risquent de remplacer l'Etat de droit par l'anarchie.

En fait, quand nous pensons à des solutions juridiques, qu'elles soient constitutionnelles ou administratives, nous devons bien savoir que le droit et la Constitution ne peuvent aplanir que d'une façon limitée les discriminations existantes; en effet, en dernière analyse, les minorités ne se laissent protéger par des instruments juridiques bien aménagés que si l'environnement social montre un désir de tolérance. Si en Inde, par exemple, des dizaines de minorités linguistiques peuvent vivre côte à côte avec tolérance,⁷ c'est dû moins à l'ordre juridique indien qu'aux mérites d'une société qui s'est montrée pendant des siècles tolérante à l'égard des différences.

Au cours de discussions, avant tout avec des juristes de pays en voie de développement, il est parfois observé que la protection des droits fondamentaux et le développement de l'Etat de droit dépendent de conditions extérieures, notamment économiques. Et sans doute vit-on plus librement dans un Etat social que dans un pays pauvre, parce que les possibilités économiques de profiter au maximum de la liberté y sont beaucoup plus grandes que dans un Etat économiquement faible. Cela ne doit cependant pas conduire à faire tout simplement dépendre la protection des droits de l'homme du développement économique. « *Poverty does*

not excuse torture!» Il existe des droits de l'homme élémentaires, qui doivent être respectés même dans les conditions les plus difficiles. C'est dans ce cas le devoir des institutions juridiques de faire attention au respect des droits fondamentaux, quand bien même l'environnement social n'est guère propice à cette protection.

Les droits fondamentaux et les droits de l'homme sont inséparables. Cela signifie, d'une part, qu'une véritable protection des droits fondamentaux ne peut être concrétisée à l'intérieur d'un Etat que si elle s'applique aussi aux étrangers, et notamment aux réfugiés. Si les droits de l'homme sont bafoués quelque part, cela a toujours des retombées sur les droits de l'homme dans d'autres Etats, par suite de l'interdépendance internationale croissante et de l'indivisibilité fondamentale des droits de l'homme. Le flot des réfugiés contraint ainsi ces Etats à ne respecter les droits fondamentaux que de façon discriminatoire envers les étrangers et les réfugiés, ce qui une fois de plus cause un préjudice à crédibilité de l'indivisibilité des droits de l'homme. Mais d'autre part, l'octroi généreux du droit d'asile n'est qu'une réponse partielle aux violations des droits de l'homme qui se passent à l'étranger. Si les Etats, dans leur droit interne, veulent prendre au sérieux les droits de l'homme et les droits fondamentaux, ils doivent s'engager en faveur de l'internationalisation de la pensée des droits de l'homme et pour leur indivisibilité dans tous les Etats. Dans ce sens, le droit constitutionnel interne n'a que des possibilités limitées de concrétisation de ces droits.

Enfin, avant de conclure cette introduction, il faut encore relever qu'il appartient aux minorités elles-mêmes de ne pas crier à la persécution dès les plus minimes discriminations et de prendre leur destin en main. L'autonomie culturelle ne saurait exister que si elle s'appuie sur un minimum d'autonomie économique. La survie d'une entité culturelle minoritaire n'est pas forcément assurée au prix d'une déclaration de guerre à la partie majoritaire; un minimum de réalisme et d'objectivité, associés à une inébranlable volonté politique, peuvent se révéler des armes bien meilleures.

Ceci est d'autant plus vrai que la protection constitutionnelle des minorités se révélera souvent assez passive. Si l'on attend simplement de l'Etat qu'il ne s'oppose pas aux efforts que les minorités sont en mesure de consentir elles-mêmes, l'application des dispositions constitutionnelles se fera sans grandes difficultés. En revanche, si les minorités réclament de l'Etat un rôle actif, par exemple le financement du multiculturalisme, l'application de ces mêmes dispositions risque de se faire attendre.⁸

II

Diverses techniques de résolution des conflits de minorités

Est-ce qu'une Constitution, basée sur les principes de la démocratie et de la majorité, peut véritablement mettre une borne à la tyrannie de la majorité? Au cours de ces deux cents dernières années, les Etats ne se sont pas seulement efforcés de faire passer dans les faits la démocratie et la majorité, mais aussi de réaliser des techniques de protection des minorités. Au premier plan d'entre elles, on trouve les

solutions suivantes qui, au cours de l'histoire, ont fait leurs preuves de manière plus ou moins convaincante:

1) La sécularisation et la neutralité de l'Etat par la séparation de l'Eglise et de l'Etat (Ch. III).

2) La réalisation de l'Etat pluraliste par l'octroi et la sauvegarde des droits fondamentaux dans le cadre du droit constitutionnel et administratif (Ch. IV.).

3) L'octroi de droits politiques à des minorités territoriales sur la base d'un modèle décentralisé et fédéraliste (Ch. V).

4) La protection institutionnelle des minorités (Ch. VI).

— lors de l'établissements d'autorités politiques, par l'intermédiaire du système proportionnel;

— lors de votations, par l'exigence d'une majorité qualifiée;

— par l'installation d'autorités collégiales;

— par la mise sur pied d'autorités hors-partis et apolitiques etc.

III

La neutralité de l'Etat par sa sécularisation et l'octroi de la liberté de religion

En fin de compte, les guerres de religion de l'Europe chrétienne n'ont pu être surmontées que par une sécularisation graduelle de l'Etat. Seul l'Etat neutre peut garantir, dans une société pluraliste, la coexistence pacifique de plusieurs communautés religieuses. Mais, dans les divers Etats européens, la sécularisation de l'Etat s'est réalisée d'après des modèles très différents. Car chaque Etat européen a, au cours de l'histoire, développé sa propre sensibilité, à la fois envers l'Eglise catholique et envers l'Eglise réformée. Des édits de tolérance anglais à l'isolement des protestants français de la Rochelle, en passant par le modèle allemand « *Cuius regio, eius religio* » ou les modèles fédéraux des cantons suisses, catholiques, réformés ou même mixtes,⁹ on trouve une large palette de solutions.¹⁰

La Révolution française, avec sa tendance anticléricale, a sans doute développé un modèle de base de la séparation de l'Eglise et de l'Etat en Europe, peu convaincant en raison du fait que la neutralité de l'Etat en France a été mise sur pied d'égalité avec l'animosité envers l'Eglise et la religion. Une évolution toute différente, mais bien celle que sera déterminante pour l'avenir, a été introduite par la « *Freedom of Establishment Clause* » du Premier Amendement de la Constitution des Etats-Unis.¹¹ Cette clause n'a pas été adoptée parmi les dix premiers amendements de la Constitution américaine pour rogner les droits de l'Eglise — comme en France — mais pour offrir aux gens la possibilité de vivre selon la religion qui leur convenait sans être discriminés, ni par le prosélytisme étatique, ni par des persécutions.

La neutralité de la Constitution américaine ne doit pas être ramenée à un positivisme vide de contenu; elle exprime le fait que l'Etat reconnaît, outre la dignité de l'homme, son aspiration à la religion, et que l'Etat ne peut légitimer cette aspiration que s'il n'influence pas les gens lors du choix de leurs décisions en matière de religion. Certes, la Cour suprême doit encore à l'heure actuelle, entre

autres dans le domaine de l'école ou dans celui de l'avortement, se confronter constamment, directement ou indirectement, à la question de l'Etat et de la religion. Malgré tout, le modèle de la « *Freedom of Establishment Clause* » est convaincant, parce qu'il dépasse les confessions chrétiennes et s'ouvre à toutes les religions, de l'Islam au Bouddhisme.¹²

C'est la raison pour laquelle la séparation de l'Eglise et de l'Etat aux USA a influencé d'autres Constitutions plus récentes. Je pense surtout à la Constitution japonaise qui, en raison de l'influence américaine, a sécularisé la « divinité » de l'Empereur et, par là même, a jeté les bases d'une séparation du Shintoïsme et de l'Etat. Ce n'est que par cette sécularisation que la liberté de croyance et de conscience — et avec elle la protection des minorités religieuses — a pu être garantie au Japon.

Pourtant, nous devons être bien conscients du fait que ce modèle de séparation Eglise—Etat repose en dernier lieu sur un individualisme caractéristique de l'Europe chrétienne, qui considère l'homme comme un être indépendamment responsable et ne peut pas accepter que l'homme ne puisse exister qu'en tant que membre de la famille, du clan ou de l'Etat et n'ait par là aucun droit à une vie individuelle et indépendante. Les convictions religieuses fondamentalistes, qui rejettent cet individualisme, combattent la séparation de l'Eglise et de l'Etat parce que, selon leurs convictions, les racines religieuses, indispensables pour la société, seraient détruites par cette séparation.

A côté de la séparation de l'Eglise et de l'Etat proprement dite selon un concept individualiste, on trouve encore d'autres modèles de solution, développés essentiellement au Proche-Orient, qui rendent possible un concept de société pluraliste. D'après ce modèle, développé aussi bien en Israël qu'au Liban, la compétence d'édicter certaines règles de droit bien précises n'appartient pas au législateur étatique « neutre », mais est déléguée aux diverses communautés religieuses. Ces dernières règlent, par leurs propres juridictions, toutes les questions religieuses ou qui se rapportent à la religion, telles que le droit du mariage et de la famille, l'école, les obligations religieuses comme la prière du vendredi pour les musulmans, le shabat pour les juifs et la messe du dimanche pour les chrétiens etc...¹³ Il est vrai que la situation conflictuelle que vit actuellement le Proche-Orient est tout sauf réjouissante pour la protection des minorités. Mais, à mon avis, cette situation est moins due à la mauvaise réglementation juridique de ce que l'on pourrait appeler le fédéralisme personnel qu'à des conditions extérieures — notamment internationales — qui ne pourraient pas être modifiées, fût-ce par les meilleures institutions juridiques.

IV

La réalisation de l'Etat pluraliste par la protection judiciaire des droits de l'homme

La situation dans les pays communistes — au moins jusqu'aux récents développements liés à la *Perestroïka* — nous montre que les minorités sont particulièrement mises en danger lorsqu'un Etat totalitaire interdit les partis et ravale le

Parlement au rang d'un simple organe de ratification. L'oppression généralisée de la société dans son ensemble conduit le plus souvent à des discriminations supplémentaires envers les minorités.¹⁴ Lorsque celles-ci s'engagent en faveur de leurs droits, elles doivent compter avec la plus dure des répression. Bien que le droit de sécession des nationalités soit reconnu dans la Constitution soviétique, des citoyens soviétiques qui voulaient s'engager en faveur de sa réalisation ont été condamnés à mort.¹⁵ Il convient donc de protéger les droits de l'homme.

C'est ce que faisait la Déclaration française des droits de l'homme et les premiers amendements américains. Cependant, ils proclamaient les droits de l'homme comme programme politique, car originaires ces droits fondamentaux — surtout en France — étaient entre les mains de la majorité, c'est-à-dire dans celles du législateur. Mais, avec l'arrêt *Marbury v. Madison*, « Justice » Marshall a introduit pour les Etats-Unis un nouveau développement dans la jurisprudence constitutionnelle, qui est à peine achevé à l'heure actuelle, et qui commence seulement depuis le milieu de ce siècle à s'imposer dans le monde entier et de manière révolutionnaire. « Justice » Marshall a montré que les droits fondamentaux ne sont pas garantis lorsqu'ils sont simplement inscrits dans la Constitution, et par là même soumis à l'incontrôlable arbitraire de la majorité du législatif, mais seulement si le tribunal constitutionnel peut protéger la minorité contre la majorité du législatif.

Aussi longtemps que les droits fondamentaux sont gérés par la majorité seule, il existera un danger que la majorité interprète ou utilise de mauvaise foi ces droits fondamentaux, pour son propre intérêt et au détriment d'une minorité déterminée. Du fait que les droits fondamentaux peuvent protéger les minorités, c'est aux tribunaux qu'il doit être confié leur application et leur interprétation. La juridiction, le droit de procédure et les avocats en charge de la défense des droits des minorités doivent être organisés, personnellement, financièrement et institutionnellement, de telle sorte que les minorités puissent se protéger contre l'administration, le gouvernement ou le législateur, de façon efficace et sans devoir prendre en compte des risques financiers ou personnels hors de proportion.

Les tribunaux doivent avoir les compétences nécessaires pour :

- réparer le dommage qui résulte d'un empiètement inadmissible sur les droits fondamentaux;
- éviter que les droits fondamentaux ne soient violés, de quelque façon que ce soit;
- contraindre les autorités à prendre des mesures (égalité devant la loi, par exemple) pour la protection des droits fondamentaux;
- interdire, voire annuler, les mesures et actes d'autorités qui pourraient porter préjudice aux droits fondamentaux.

Ceux qui sont visés par ces compétences judiciaires doivent être :

- l'administration;
- le gouvernement;
- le législateur;
- les autorités d'unités territoriales (p. ex. les gouvernements cantonaux).

Par là, les tribunaux doivent pouvoir demander des comptes aux autorités et aux tribunaux inférieurs, lorsque ceux-ci essaient d'exécuter par des mesures étatiques des droits et des devoirs discriminatoires valables entre privés (*state action*), comme par exemple l'interdiction à des gens de couleur de fréquenter un établissement public.

Les droits qui doivent être protégés par le juge concernent :

- l'égalité devant la loi;
- la dignité humaine;
- les droits de procédure;
- le droit à la liberté personnelle;
- les droits économiques (liberté contractuelle, de propriété);
- les droits de participation (droits politiques);
- certains droits justiciables de la troisième génération (droits sociaux).¹⁶

Les garanties procédurales doivent contenir les principes suivants :

- authentique procédure contradictoire;
- répartition de la charge de la preuve correspondent à la nature des droits fondamentaux;
- juge indépendant;
- instance de contrôle pour empêcher les violations du droit;
- indépendance des avocats.

L'idée selon laquelle les droits fondamentaux limitent la démocratie et que par conséquent la majorité n'a pas le droit d'en disposer, cette idée ne s'impose que petit à petit, et non sans résistances. La croyance, prêchée par Rousseau, en la réalisation absolue de la Volonté Générale par la majorité démocratique est contredite par la conviction que la démocratie peut elle aussi se tromper et qu'il faut donc aussi des limites à la souveraineté de la majorité.

Naturellement, nous ne devons pas passer sous le fait que les juges et les tribunaux ne peuvent pas non plus s'abstraire complètement de la majorité. De *Plessy v. Ferguson* à *Brown v. Board of Education*, quelque cent années se sont tout de même écoulées, bien que la Cour suprême ait eu au cours de ce siècle l'occasion de protéger et de renforcer complètement les droits des Américains de couleur. Mais l'exemple de la Cour suprême américaine montre qu'un ancrage de la protection des droits fondamentaux dans la juridiction constitutionnelle offre, en tout cas jusqu'à maintenant, la meilleure garantie pour une protection de la minorité contre la majorité.

À côté de la juridiction constitutionnelle, il faut évoquer en premier lieu le contrôle de droit administratif sur l'exécutif. Napoléon voulait — la chose est bien connue — débarrasser complètement l'exécutif et son administration du pesant contrôle judiciaire des tribunaux civils. Le gouvernement et l'administration ne devaient pas être gênés dans leur tâche, c'est-à-dire la transformation d'une société féodale en une société individualiste au sens de Napoléon, par les tribunaux conservateurs. L'exécutif et l'administration devaient rester sacro-saints aux yeux des juridictions ordinaires. C'est la raison pour laquelle il a créé un droit public propre à l'exécutif, indépendant du droit privé, sous le contrôle d'un Conseil d'Etat à l'origine dépourvu de tout pouvoir.

Ce concept français de séparation des pouvoirs a conduit sur le continent à la distinction entre droit public et droit privé, et a permis en quelque sorte à l'exécutif de faire passer dans la société, sans restrictions, les buts de l'Etat, avec la majorité qui les avait établis. L'administration indépendante des tribunaux traditionnels correspond à la conception de l'Etat sur le continent européen, selon laquelle son devoir est de changer la société dans le sens voulu par une majorité du législatif. Ce modèle « continental » de l'Etat actif changeant la société a conduit à une indépendance fondamentalement différente de l'administration vis-à-vis du troisième pouvoir. Il est vrai que le Conseil d'Etat, qui appartient assurément au deuxième pouvoir, c'est-à-dire à l'exécutif, a développé au siècle passé, d'une façon qui pourrait servir de modèle, les principes du contrôle juridique administratif pour améliorer la protection juridique individuelle d'une part et, de l'autre, imposer l'intérêt public. Le Conseil d'Etat, dans sa jurisprudence, a mis au point les bases et les fondements de droit administratif qui sont encore aujourd'hui les bases du droit administratif de presque tous les Etats d'Europe continentale, que l'on pense simplement — par exemple — au concept d'acte administratif.

Bien sûr, de tels principes privilégient aujourd'hui encore l'administration et le gouvernement; et dans la mesure où l'exécutif doit faire passer des intérêts publics, c'est-à-dire ceux correspondant à la majorité du législateur, il peut:

- obliger ou autoriser unilatéralement (décision, acte administratif) les citoyens (considérés comme des sujets?);

- d'une façon générale, dès qu'un recours au tribunal administratif est possible contre une décision, jouir des avantages de la « partie défenderesse » et laisser au recourant toutes les charges de celui qui a intenté le recours;

- exécuter, avec des mesures contraignantes, la décision entrée en force sans jugement;

- déterminer définitivement l'état de fait au cours d'une procédure d'office inquisitoire plus ou moins réglementée;

- en l'absence de recours de l'intéressé, exécuter même les décisions entachées de faute, puisque la faute sera prescrite au moment de l'entrée en force de chose jugée;

- se soustraire au contrôle juridictionnel pour toutes les mesures qui ne sont pas introduites par un acte administratif, et qui violent peut-être des droits subjectifs, dans la mesure où elles ne peuvent pas donner lieu à des dommages-intérêts.

Le droit administratif de l'Europe continentale, qui s'immisce activement dans la société, a certes, en comparaison aux Etats-Unis, conduit à une limitation des libertés des minorités, mais d'un autre côté à une prise en charge sociale et à une assistance envers les moins fortunés. Considérée du point de vue de la protection des minorités, cette conception du droit administratif a deux aspects. L'Etat-providence, avec son assistance sociale et autoritaire, peut certes mieux protéger les minorités défavorisées que l'Etat minimal associatif de création américaine; ceux qui sont défavorisés, sur le plan social ou économique, peuvent compter sur l'aide de l'Etat social. Mais d'un autre côté, l'Etat social financé avec les deniers publics tolère moins de pluralisme que l'Etat qui laisse aux privés la plus grande liberté possible.

Cela se démontre très clairement dans le domaine des minorités linguistiques et de l'école. Si ces dernières sont publiques et entièrement financées par l'Etat, le

problème du multi-linguisme n'est généralement résolu que sur la base du principe territorial fédéraliste.¹⁷ De la sorte, les minorités linguistiques financent les écoles qui se trouvent sur leur territoire. L'égalité des chances de tous les enfants est garantie, aussi longtemps que les parents sont prêts à élever et à éduquer leurs enfants dans le sens prévu par la majorité territoriale actuelle. Au surplus, pour éviter les problèmes de concurrence des écoles privées, les entités territoriales interdisent — ou rendent excessivement difficile — l'installation d'écoles privées à l'usage des minorités linguistiques ou mêmes confessionnelles.¹⁸

Mais si l'école est financée pour la plus grande partie par des privés, et ne reçoit que quelques subventions de l'Etat, ceux-là peuvent déterminer librement, dans le cadre de la loi, la langue et les objectifs de l'école. La Constitution peut sans autre garantir qu'on puisse fréquenter une école francophone à Vancouver et une anglophone à Québec.¹⁹ Mais le prix à payer pour cette grande liberté linguistique, c'est que les minorités linguistiques économiquement plus faibles — comme par exemple les Romanches en Suisse — peuvent à peine financer leurs manuels, et encore moins leurs instituteurs.²⁰

Les minorités socialement défavorisées, mais politiquement intégrées dans l'Etat et la société, sont ainsi mieux protégées dans le système du droit continental européen. En revanche, les exclus, les marginaux et les extrémistes peuvent attendre une meilleure protection dans un système d'« Etat minimal ».²¹ Mais les deux systèmes juridiques de la *Common law* et du droit continental semblent maintenant se rapprocher. Alors que les juges américains considèrent des expectatives sociales (*privileges*) vis-à-vis de l'Etat comme d'authentiques prétentions juridiques (*property rights*), et assument de véritables tâches administratives sur des « *affirmative action* »²² et des « *mandatory injunction* », les administrations continentales européennes, elles, se soumettent toujours plus aux procédures judiciaires de l'art. 6 CEDH, qui les mettent sur pied d'égalité avec les justiciables et sont de ce fait pour elles difficilement supportables. Concernant l'article 6 de la CEDH, il semble d'ailleurs que la tradition anglo-saxonne est en train de passer sur le continent. Par là, il sera enfin garanti par le droit international que la protection de droits existentiels de l'homme ne doit pas être confiée à l'assistance étatique, mais qu'il est indispensable de la réaliser par une procédure indépendante devant un juge ordinaire et impartial.

La *Common law* et le droit continental ont, depuis la Révolution française, développé des techniques et des modèles très différents pour la protection des droits de l'homme. La pensée juridique des Etats de *Common law* repose sur l'idée que l'Etat n'a pas le devoir de changer la société, mais qu'il exerce une fonction analogue à celle d'un arbitre vis-à-vis des différentes forces pluralistes de la société, et que finalement — quand cela est nécessaire — c'est par sa sentence arbitrale qu'il résoudra les conflits de société. L'Etat continental actif, quant à lui, exige que le gouvernement et l'administration transforment la société dans le sens indiqué par la Constitution. En fonction de la conception étatique dans ces divers modèles, ce sont d'autres significations qui reviennent au contrôle judiciaire et à la protection des droits fondamentaux, et par là même à la protection des minorités.

Les différentes manières de concevoir la position des tribunaux montre qu'il n'est pas si important — tant s'en faut — de savoir quels droits fondamentaux sont inscrits dans la Constitution et quelles compétences constitutionnelles sont oc-

troyées aux tribunaux, que de savoir quelles attributions peuvent avoir les tribunaux dans le cadre de la juridiction administrative, l'attitude de l'Etat et de la société envers le juge et, en dernier lieu, la signification attribuée à la procédure pour la concrétisation du droit.

V

Décentralisation et fédéralisme comme solutions aux problèmes de minorités

De prime abord, la concrétisation du principe « *One man, one vote* » a incontestablement revêtu une signification décisive pour la résolution institutionnelle des problèmes de minorités. La concrétisation de ce principe en Angleterre en 1832 a probablement plus contribué, à long terme, à la résolution de la question sociale que les lois sociales de Bismarck, parce que par l'entremise du droit de vote général les travailleurs en Angleterre ont pu faire valoir directement leurs intérêts, tandis que le parlement de l'Empire allemand, et avec lui les travailleurs, demeuraient largement dépourvus de pouvoirs. Un phénomène identique vaut pour le droit de vote des femmes. Les droits fondamentaux les plus complets sur l'égalité de la femme n'auraient pas pu avoir les effets qu'a eus l'égalité politique de la femme à longue échéance sur l'Etat et l'ordre juridique.

L'octroi — progressif — du droit de vote aux Noirs dans les Etats-Unis a également contribué à une amélioration de leur situation. En fait, le droit de vote et d'éligibilité représente la condition déterminante pour la concrétisation des libertés et des droits fondamentaux, non seulement de la majorité, mais aussi des minorités. Car, en exerçant leur droit, ils peuvent faire valoir directement leur influence, ils peuvent exprimer leurs intérêts sur ce forum qu'est la voie publique, et espérer par là que les injustices et les discriminations les plus criantes seront supprimées.²³

Mais malgré l'égalité politique, il existe toujours un risque que les majorités foulent aux pieds les minorités, et les tyrannisent. A côté d'un Etat pluraliste garanti par des droits individuels complets, il existe comme autre possibilité pour l'Etat celle de déléguer des droits — également des droits politiques —, de décentraliser et ainsi de faire en sorte qu'ils puissent être sauvegardés par les minorités territoriales elles-mêmes.

On trouve deux conceptions différentes de l'Etat et de la Constitution à la base du développement constitutionnel des 200 dernières années. Les Girondins français — et après eux les Jacobins — ont, conformément à la tradition française de l'absolutisme centralisateur, recherché la liberté, l'égalité et la fraternité au plan d'un Etat centralisé qui veille à la liberté, à l'égalité et à la fraternité dans tous les départements et toutes les communes. Le modèle américain, quant à lui, est parti de l'idée que les démocraties déjà existantes dans les Etats membres ne pouvaient être protégées et développées que si elles fussent placées sous l'aile protectrice d'une plus grande démocratie.

La Démocratie dans la démocratie, tel était le modèle de base de l'Etat fédéral américain se construisant sur la conception d'une souveraineté divisible. Il semble

que ce modèle fédéral de l'Etat américain n'ait commencé à s'imposer petit à petit qu'au cours du XXe siècle, et il soit à être considéré comme la base d'une solution fédérale pour tous les Etats qui sont confrontés à des problèmes de minorités territoriales. C'est ainsi que, il y a peu de temps, l'Etat belge a essayé de résoudre son conflit linguistique interne²⁴ par une division fédérale en trois régions.²⁵ Il semblerait également que la création étatique fédérale de la loi fondamentale de Bonn, comme de la Constitution fédérale suisse,²⁶ ait été utilisée comme modèle pour la Constitution espagnole, et aussi pour la réglementation des régions autonomes en Italie. Mais le fédéralisme yougoslave, pas plus que celui d'Australie, du Canada ou du Malaysia, ne pourrait être concevable sans les Constitutions fédérales du siècle dernier.²⁷

Dans la pratique, si la décentralisation et la garantie de droits politiques autonomes à des minorités territoriales peuvent décrier de façon sensible les problèmes de minorités, nous ne devons pas fermer nos yeux sur le fait que, dans ces petites unités, les minorités encore plus petites²⁸ — qui peuvent être d'un autre type — peuvent être encore plus opprimées que dans un Etat centralisé. C'est pourquoi il est indispensable que le modèle fédéral décentralisé soit accompagné d'une protection constitutionnelle des droits individuels de la minorité qui doit vivre aux côtés d'une majorité sur un territoire décentralisé. Ce n'est qu'au moment où les majorités dans les petites unités territoriales sont obligées de protéger les droits fondamentaux de leurs propres minorités, c'est à ce moment-là seulement que l'élément fédéral peut être considéré comme un apport essentiel à la protection des minorités.

VI

Protection institutionnelle des minorités

A côté de la protection des droits fondamentaux, de la garantie de la neutralité étatique dans les questions religieuses et de la structure fédérale de l'Etat, il existe certaines garanties institutionnelles supplémentaires qui imposent des limites à la majorité, non seulement à la suite de ses propres décisions (juridiction constitutionnelle), mais dans le processus de décision lui-même. Ce sont par exemple:

- l'exigence d'une majorité qualifiée lors de modifications constitutionnelles;
- le bicaméralisme;
- les élections selon le système proportionnel;
- l'octroi du droit d'initiative et de referendum à des minorités données;
- l'installation d'autorités exécutives collégiales, comme par exemple le Conseil fédéral ou les gouvernements cantonaux en Suisse.

Pour finir, je voudrais encore signaler un modèle et une technique de résolution des problèmes de minorités, à laquelle on fait peu d'attention, mais qui peut se révéler riche de promesses pour l'avenir. Les gouvernements de tous les Etats doivent, au besoin par la force, exécuter la volonté du législateur et faire en sorte que les minorités n'essaient pas d'exécuter leurs volontés par la force, mais dans le cadre de procédures démocratiques. Mais comment, dans un Etat dans lequel

majorité et minorité se partagent respectivement 51% et 49% des électeurs, peut-on faire en sorte que la police, chargée d'exécuter la volonté du gouvernement, soit également reconnue par l'opposition institutionnelle comme force légitime de maintien de l'ordre?

Au contraire des organes de police de presque tous les Etats, la police anglaise conçoit traditionnellement son devoir indépendamment du gouvernement. Ce dernier ne peut pas donner d'instructions à la police et est assigné, en cas de désobéissance, à une décision de justice (un jugement), qui peut seul contraindre la police à prendre des mesures contre sa volonté. La police est ainsi, dans une large mesure, indépendante de l'exécutif et de l'administration. Supposons par exemple que, en tant qu'institution impartiale, elle doive séparer des piquets de grève et des travailleurs qui interviennent. Elle doit être reconnue, aussi bien des manifestants que des populations concernées par les manifestations, comme une puissance d'ordre. C'est la raison pour laquelle on ne doit pas identifier la police, ni avec un gouvernement travailliste, ni avec un gouvernement Tory.

Comme la police ne peut travailler ni pour le gouvernement ni sous la protection de celui-ci, elle ne peut être prête à l'action que si elle obtient la confiance de la population par sa propre objectivité et sa crédibilité. Quand la police agit, elle doit constamment s'efforcer de renforcer la confiance de la population par son impartialité, son efficacité, sa retenue et son professionnalisme. En tant qu'institution indépendante des partis et du gouvernement, la police doit également, lorsqu'elle prend des mesures à l'encontre des minorités, faire preuve d'assez de retenue pour ne pas perdre sa crédibilité en tant qu'institution hors-parti et indépendante, ni vis-à-vis de la majorité, ni vis-à-vis de la minorité de la population.

Ce modèle d'une instance étatique institutionnellement indépendante de l'exécutif, qui jouit d'une indépendance analogue à celle des juges, peut sans aucun doute également contribuer de façon essentielle à la résolution de conflits de minorités. De telles instances indépendantes ne sont en effet pas impliquées dans les conflits politiques entre majorité et minorité, mais peuvent décider et agir en fonction de considérations rationnelles et objectives. Dans des Etats dans lesquels des querelles avec des minorités — fussent-elles petites — conduisent de plus en plus souvent à des conflits, l'installation de telles institutions, libérées des désirs de vengeance d'une majorité,²⁹ pourraient apporter une contribution essentielle à la dédramatisation de conflits de minorités.

Conclusions

1) C'est à peine s'il existe un seul Etat qui ne soit pas confronté à des problèmes de minorités.

2) Dans le droit constitutionnel et administratif actuel, il existe les techniques les plus diverses pour protéger les minorités. L'efficacité de ces techniques ne se laisse jouer que dans le contexte général du droit public et constitutionnel.

3) Les techniques et les instruments juridiques de protection des minorités ne doivent être ni sous-estimés, ni sur-estimés. Il est cependant clair qu'une véritable protection des minorités ne peut pas être garantie seulement avec des instruments juridiques. Un climat social de tolérance est au moins aussi indispensable.

4) Finalement, ce climat social de tolérance ne se laisse développer que si les leaders de l'opinion, de toutes les tendances politiques, ne considèrent pas les minorités comme un mal, mais au contraire sont convaincus que le pluralisme culturel, linguistique, religieux ou politique est une valeur fondamentale de notre ordre social, qu'il faut conserver, fortifier et développer.³⁰

5) Il y a 200 ans, la Constitution était l'instrument du législateur, avec lequel le parlement pouvait limiter le pouvoir de la couronne et de l'exécutif. A l'aube du troisième millénaire, la Constitution devient toujours plus un instrument du juge ainsi que d'autres instances indépendantes, notamment pour protéger les minorités de la tyrannie de la majorité.

6) L'interdépendance internationale croissante a également conduit, via l'internationalisation des droits fondamentaux³¹ et de l'économie politique, à une internationalisation du droit constitutionnel. Par là, la constitution est toujours plus dégagée de la pensée de l'Etat national, ce qui en dernier lieu ne peut être que profitable à la solution de problèmes de minorités.

Notes

¹ Voillard, O. et autres: Documents d'histoire, t. 1, pp. 9 et 10, Paris 1964.

² Doerge, Heinrich: Der autonome Verband im geltenden Staats- und Völkerrecht. Ein Beitrag zu den Grundlagen des Rechts der nationalen Minderheiten. Vienne 1931.

³ Hampel, Johannes et al.: Nationale Minderheiten in Europa — Eine Darstellung der Problematik mit Dokumenten und Materialien zur Situation der europäischen Volksgruppen und Sprachminderheiten. Opladen 1975.

⁴ Harder, Hans-Joachim: Der Kanton Jura, Ursachen und Schritte zur Lösung eines Schweizer Minderheitenproblems. Frankfurt a. M. 1978.

⁵ Cf. Liskén & Seibert über das Symposium der Friedrich-Ebert-Stiftung 1978 über Aktuelle Probleme des Minderheitenschutzes. In EuGRZ, 1979, pp. 66 ss.

⁶ Cf. par exemple Weibel, Jean Pierre et al.: Minorités—prétexte. Lausanne 1984.

⁷ Il en va malheureusement un peu différemment avec les communautés religieuses; Cf. pour les relations entre Hindous et Musulmans au moment de l'indépendance, Lapierre, Dominique et Collins, Larry: Cette nuit la liberté. Robert Laffont, Paris 1975, pp. 331 ss; et pour les Sikhs et leur revendication d'un Kalistan indépendant, GEO, No. 52, 1983, p. 26.

⁸ Tel est le cas avec l'article 27 de la Charte constitutionnelle canadienne. Cf. Woehrling, José: La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques. In «Les Cahiers de droit», vol. 27, No. 1, mars 1986, p. 175 s.

⁹ Cf. à ce propos Karlen, Peter: Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz. Thèse. Zurich 1988.

¹⁰ Cf. par exemple Klecatsky, Hans R.: Die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Rechtsstellung der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgemeinschaften in Österreich. EuGRZ 1982, p. 441.

¹¹ Levy, Leonhard: The Establishment Clause, Religion and the First Amendment. 1986; Malbin, Michael: Religion, Politics, The Intentions of the Authors of the First Amendment, 1978.

¹² Cf. aussi à ce propos Fussel, Hanspeter—Nagel, Tilman: Islamischer Religionsunterricht und Grundgesetz. EuGRZ 1985, pp. 497. ss. et Häberle, Peter: Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft. In DÖV 1976, p. 73 ss.

¹³ Shelach, Chamman P.: Freedom of Religion and Conscience in a Heterogeneous City. Jerusalem 1983.

¹⁴ «Des Etats totalitaires, en particulier la Russie soviétique, ne connaissent pas comme les Etats démocratiques le droit et la liberté en tant que facteurs essentiels de la coexistence des hommes et des peuples; ils ne connaissent qu'un facteur décisif: c'est la puissance.» Konrad Adenauer, discours

prononcé lors de la 18e session du Bundestag le 8 novembre 1950, in *Delcour, Roland*: «Konrad Adenauer». Les destins politiques. Seghers, Paris 1966, p. 139.

¹⁵ Cf. pour ce qui concerne les nationalités en Union soviétique, *Uibopuu, Henn-Juri*: The International Legal Status of Soviet Minorities Today. Review of Socialist Law. Leyden 1976, p. 217. ss.

¹⁶ Cf. *Amor, Abdelfattah*: Les Droits de l'homme de la 3e génération, à paraître in «The New Constitutional Law», actes du 2e Congrès mondial de l'AIDC.

¹⁷ *Thürer, Daniel*: Zur Bedeutung des sprachenrechtlichen Territorialitätsprinzips für die Sprachenlage im Kanton Graubünden. Zbl. 1984, p. 241 ss.; *Viletta, Rudolf*: Die Regelung der Beziehungen zwischen den schweizerischen Sprachgemeinschaften. ZBl 1981, p. 193.

¹⁸ Garrett Park Press, Minority student enrollments in higher education: A guide to institutions with highest percent of Asian, Black, Hispanic and native American students.

¹⁹ Cf. *Woehrling, José*: Minority Cultural and Linguistic Rights and Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms. McGill Law Journal, December 1985, p. 51.

²⁰ *Scheppi, Peter*: Der Schutz sprachlicher und konfessioneller Minderheiten im Recht von Bund und Kantonen. Thèse. Zurich 1971.

²¹ Study of minority group employment in the federal government. U. S. Civil Serv. Com. 1976.

²² *Rosenfeld, Michael*: United States Public Education and Minorities, The Constitutional Status of Affirmative Action. Paper. Cardozo Law School, New York 1988.

²³ Cf. à propos de la socialisation des Noirs en Afrique du Sud. *Reed, John*: L'effet pervers des sanctions économiques. In «Selection du Reader's Digest», juillet 1989.

²⁴ *de Puig, Irene et al.*: Les Langues minoritaires d'Europa: Etat de la questio. Barcelona 1986.

²⁵ Cf. entre autres *Beaufays, Jean*: Belgium. A Dualist Political System. Publius, Philadelphia 1988, p. 63; Administration Publique. Documents. Texte coordonné des articles révisés de la Constitution belge; le plus récent: Group Coudenberg: The New Belgian Institutional Framework. Bruxelles, avril 1989.

²⁶ *Fleiner-Gerster, Thomas*: Die Stellung der Minderheiten im schweizerischen Staatsrecht. Festschrift Werner Kägi. Zürich 1979. p. 115 ss.

²⁷ Cf. *Blaustein, Albert P.*: Influence of the American Constitution Abroad. In: Encyclopedia of the American Constitution. Macmillan and Free Press, 1986, Vol. 2.

²⁸ Cf. *Woehrling, J.*: La Constitution canadienne. ... p. 180, note 23, et p. 186 — conclusion.

²⁹ Cf. p. ex. la vengeance des Hutus contre les Tutsis au Burundi.

³⁰ Cf. *Weibel, Ernest*: La problématique des minorités, le pluralisme suisse et le cas du Tessin. Festschrift Richard Reich. Berne 1975, p. 77 ss.

³¹ *Tomuschat, C.*: Protection of Minorities under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Berlin 1983.; Festschrift für H. Mosler. 1983, p. 949 ss.; *Pircher, Erich*: Der vertragliche Schutz ethnischer sprachlicher und religiöser Minderheiten im Völkerrecht. Berne 1979; *Ermacora, Felix*: Der Minderheitenschutz in der Arbeit der Vereinten Nationen. Vienne 1964.

La force juridique des droits ethniques — expériences finlandaises

TORE MODEEN

1) Réflexions générales

Droit ethnique veut dire le droit du citoyen d'utiliser sa langue dans les rapports avec les autorités publiques et d'être servi par elles dans sa langue. Il s'ensuit de ce droit aussi que les autorités sont obligées d'utiliser cette langue dans leurs communications au groupe ethnique entier, par exemple dans les textes législatifs ou de réglementaires. Il peut exister aussi d'autres droits ethniques, mais ceux-là sont les plus importants.

Le droit ethnique peut soit être basé sur un texte écrit, soit être de nature coutumière. S'il est basé sur un texte, ce texte peut varier quant à sa nature: texte de droit international public, texte constitutionnel, texte législatif approuvé par le parlement ou simple décret administratif. Un texte peut concerner un ou plusieurs pays (texte international) ou le territoire entier d'un pays. Mais il peut aussi ne toucher qu'une partie du territoire ou de la population. Est-il donc important qu'un droit ethnique soit basé sur un texte écrit? Ou peut-on arriver aussi à un résultat satisfaisant sans texte? Le droit coutumier est-il suffisamment efficace par lui-même?

En Finlande, pays composé de deux groupes ethniques importants, les Finnois (groupe majoritaire) et les Suédophones (groupe minoritaire), il n'y avait aucun texte en la matière avant le milieu du 19^{ème} siècle. Puisque le droit finlandais de l'époque était le droit suédois, hérité de la longue période où les deux pays étaient unis sous la même couronne, la langue officielle était le suédois. Mais, en réalité, la langue finnoise avait toujours été utilisée dans les rapports entre l'administration et les administrés, même avant 1808-1809. Bien des textes législatifs et surtout administratifs furent traduits en finnois. Et les rapports oraux, à cette époque très importants, fonctionnaient en finnois, quelquefois avec l'intermédiaire d'un interprète, dans les cas où l'administré ne pouvait pas communiquer en suédois.

Il est évident que cet état de choses ne pouvait satisfaire aux ambitions des finnois nationalistes. Ceux-ci demandaient des droits ethniques plus étendus et basés sur des textes explicites. Le premier texte à cet égard est la proclamation impériale du 14 juillet 1858 qui prescrit que les procès-verbaux des paroisses (c'est-à-dire des communes) seront rédigés dans la langue principale de service religieux, donc en langue finnoise dans les communes à majorité finnoise. Ainsi la langue finnoise fut introduite pour la première fois comme langue officielle interne de l'administration. L'étape suivante fut l'introduction du finnois dans les rapports

officiels entre les autorités publiques et les citoyens, ce qui arriva avec le décret impérial du 1er août 1863 concernant les tribunaux et les organes d'Etat. Par la suite (décrets du 9 mai 1881, 29 décembre 1883, 19 juin 1902) l'égalité des deux langues fut encore développée. Sur le plan local, le statut linguistique de la commune qui en Finlande sert aussi de base à la division administrative et judiciaire des organes de l'Etat, détermina les droits linguistiques des administrés. Tous ces décrets concernaient donc uniquement les organes d'Etat. Dans l'administration autonome des communes, un droit coutumier commença à se développer qui, en général, suivait les principes concernant les organes de l'Etat, mais qui pouvait aussi être moins généreux à l'égard des minorités. Cela fut surtout le cas pour les communes rurales, dont les moyens financiers très limités ne permettaient pas un service bilingue complet.

On peut donc constater que les droits ethniques des citoyens finlandais dépendaient, à cette époque, uniquement des textes de niveau inférieur à la loi. Plusieurs raisons expliquent cet état des choses, dont la plus importante résidait dans le fait que les affaires concernant l'administration de l'Etat, selon les traditions suédoises, appartenaient à la compétence du chef de l'Etat. Mais la diète finlandaise eut quand même l'occasion à la fin de la période de se prononcer sur ces matières.

On prépara à plusieurs reprises des textes constitutionnels pour le Grand-Duché de Finlande qui auraient mentionné le droit des Finlandais d'être servis dans leur propre langue par les organes de l'Etat. Mais aucun de ces projets ne fut réalisé. La résistance des Russes à accepter un développement du droit public finlandais pendant les dernières années de l'union des deux pays s'explique par leur volonté de russifier le pays. Le statut de la langue russe resta, cependant, très faible pendant le règne des tsars à cause de la résistance des milieux politiques patriotes finlandais parmi lesquels le Parti suédois jouait un rôle déterminant.

Quelle était la situation réelle au début de ce siècle? Peut-on prétendre que les deux groupes ethniques jouissaient des mêmes droits ethniques, même sans que cet état des choses ne fût pas réglé dans des textes de caractère constitutionnel, ou, au moins, législatif? Il n'est pas possible ici d'étudier profondément ces textes anciens. Il suffit de constater qu'ils répondent bien au principe de l'égalité des deux groupes ethniques et que les autorités finlandaises les appliquaient d'une façon correcte. Les agents publics étaient, pour la plupart bilingues. La tradition légaliste d'origine suédoise des Finlandais opérait aussi en faveur d'une obéissance stricte aux règles, qu'elles soient de nature administrative ou législative.

2) La Constitution finlandaise du 19 juillet 1919

La préparation de la Constitution finlandaise qui aboutit au texte du 19 juillet 1919 fut un procès bien dramatique si l'on considère les articles sur la protection des droits ethniques des citoyens. Le résultat en fut que la Constitution comprend en la matière plusieurs dispositions et non une seule, comme proposée à l'origine. Ce fait heureux fut le résultat d'une action du Parti suédois qui désirait avoir le principe d'égalité des deux groupes ethniques bien établi dans la Constitution. En se liant avec d'autres partis politiques et en favorisant leurs demandes, on arrivait à cette issue spectaculaire.

Il faut souligner que toutes les dispositions concernant les droits ethniques ou linguistiques sont basées sur le principe d'égalité. Aucun des groupes ethniques n'est favorisé par le législateur. On ne peut donc parler à cet égard d'une protection particulière du groupe ethnique suédois, mais seulement d'une situation égalitaire avec les Finnois. Mais, en réalité, ce sont surtout les Suédophones qui profitent de ces dispositions, puisque les intérêts des Finnois sont bien protégés grâce à leur plus grand nombre.

Avec la démocratisation de la vie politique, introduite sur le plan national dès 1907 et continuée sur le plan communal en 1919, le groupe ethnique finnois eut une situation favorable à cause de sa supériorité numérique. Les Suédophones furent obligés de défendre leurs droits et leurs intérêts contre la pression de la grande majorité finnoise.

Est-il réaliste de parler d'une égalité quelconque quand on est dans une situation minoritaire? La majorité dispose de tous les pouvoirs à cause de son plus grand nombre. Une vraie protection de la minorité demande qu'on lui donne quelques avantages dont elle profite, elle seule, pour contrebalancer la situation minoritaire. Le législateur finlandais ne consentit cependant pas à donner aux Suédophones un statut privilégié. On partait du principe que l'Etat et les collectivités publiques devaient fonctionner dans les deux langues officielles du pays. On proclame dans la Constitution que « L'Etat subviendra aux besoins culturels et économiques de la population de langue finnoise et de celle de langue suédoise selon des principes identiques » (Art. 14.3).

La disposition de l'art. 14.1 selon laquelle le finnois et le suédois sont les langues nationales de la République est, sans doute, très appréciée par les Suédophones. En vertu de cet article, la Finlande devrait être considérée comme un Etat biethnique, bilingue, où les deux groupes ethniques sont égaux. La Finlande n'est donc pas un Etat national finnois avec une minorité suédoise.

En réalité, cependant, cette idée n'est pas acceptée par nombre de Finnois qui prétendent que le finnois, langue de la majorité, doit jouer un rôle de premier plan dans la République.

La qualité de première langue du finnois, est un principe qui a été introduit dans plusieurs contextes sans être basé sur la Constitution. Déjà au début de ce siècle quand la nouvelle Diète, élue d'après des principes démocratiques, adopta ses règlements, on décida que la version finnoise des textes législatifs devrait servir de base aux délibérations parlementaires. Quoique le suédois garde un rôle important dans les publications parlementaires, le finnois est utilisé soit seul, soit avec un bref compte-rendu en suédois, dans les documents gouvernementaux. La langue de travail des administrations est surtout le finnois quoiqu'il existe des dispositions qui prévoient que la langue de délibération doit être celle de l'administré concerné.

Quelle est l'importance des dispositions constitutionnelles sur les droits ethniques? Pour le groupe suédois ces textes ont une valeur symbolique considérable. Tant que la Constitution n'est pas modifiée à cet égard, les Suédophones peuvent se considérer comme appartenant à part entière à la nation finlandaise.

Dans la littérature juridique finlandaise un constitutionnaliste important, le professeur Paavo Kastari, prétend que l'assimilation des Suédois (c'est-à-dire leur fennisation) eut pour conséquence que l'importance de l'article 14 de la Constitution a beaucoup diminué. Il est vrai que beaucoup de Suédophones maîtrisent bien

la langue finnoise et préfèrent l'utiliser dans leurs contacts privés ou professionnels avec les membres du groupe finnois. Il arrive que, quand un Suédophone épouse un membre du groupe ethnique finnois, il consente à ce que les enfants fréquentent école finnoise, même s'il existe une école suédoise dans sa commune. L'inverse peut se produire aussi, mais moins fréquemment.

L'importance des dispositions dites ethniques de la Constitution n'est pas purement symbolique. Il y a des dispositions dotées d'une force réelle, par exemple celles qui concernent le droit des citoyens d'utiliser leur langue dans les contacts avec les autorités publiques et d'être servis par elles dans leur langue. Dans ces cas les dispositions constitutionnelles sont complétées et concrétisées par des textes législatifs plus précis en la matière. Ces textes doivent être conformes aux dispositions constitutionnelles.

3) La politique gouvernementale finlandaise

Il est évident que les dispositions constitutionnelles concernant les droits ethniques sont mal vues par une partie de la population finlandaise, les Finnois chauvins, qui n'acceptent qu'une seule langue officielle: le finnois. Les Finnois ultranationalistes sont à trouver surtout dans le Parti rural au parlement et dans l'Union de la cause finnoise (groupe de pression). Mais il existe une autre attitude aussi dangereuse, quoique moins évidente, l'attitude de ceux qui ont tendance à «oublier» l'existence de ces textes. Ou, si l'on les mentionne, on ne leur donne pas de valeur juridique comparable à celle des autres textes constitutionnels. Cette attitude est bien répandue dans quelques milieux politiques finnois.

D'autre part il existe aussi une attitude libérale représentée surtout par l'ancien Président de la République J. K. Paasikivi vis-à-vis la protection des droits ethniques des Suédophones en Finlande. La politique gouvernementale finlandaise d'après guerre est restée, pour la plus grande partie, fidèle à cette philosophie éclairée et tolérante. Aucun gouvernement n'a jamais proposé que la Constitution soit modifiée sur ce point. On peut poser la question théorique de savoir quelle en serait la conséquence.

Il est évident que les Suédophones de Finlande sont bien attachés à leur protection constitutionnelle. Même si leur nombre ne leur donne pas le pouvoir d'empêcher de telles modifications — au parlement actuel seulement 18 députés sur 200 appartiennent au groupe ethnique suédois — les gouvernements finlandais ont jusqu'ici veillé très prudemment à maintenir de bonnes relations entre les groupes ethniques du pays.

4) Les textes législatifs

Les textes législatifs les plus importants concernant l'application des règles ethniques prescrites dans la Constitution sont la loi linguistique du 1er juin 1922 et la loi du même jour sur les connaissances linguistiques exigées des agents de l'Etat. Ces deux lois datent donc de la période qui suit immédiatement l'établissement de la République et de sa Constitution. Tandis que les dispositions ethniques constitutionnelles n'ont pas été modifiées, les deux lois de 1922 n'ont pas été

considérées comme « sacrées », mais étaient modifiées plusieurs fois. Il est remarquable, cependant, qu'aucune réforme complète n'a encore été exécutée, quoiqu'on soit conscient du besoin de le faire surtout en ce qui concerne la loi linguistique, rédigée avant tout pour satisfaire aux besoins des juridictions, mais mal adaptée pour les organes administratifs dans la société moderne. On constate ainsi, dans ce cas aussi, une hésitation nette à « bouleverser » les règles linguistiques, considérées comme politiquement délicates, même si un besoin réel le requerrait.

On est aussi souvent mal renseigné sur ce point. Par exemple, en ce qui concerne les libertés publiques ethniques des citoyens ainsi que les textes concernant la procédure judiciaire et administrative contentieuse ou non-contentieuse, ce n'est que par les manuels du professeur Merikoski que l'importance de ces textes a été soulignée dans le contexte surtout administratif.

La loi linguistique n'a été commentée que par deux hommes politiques, le baron von Born et le professeur Setälä dans les années 1920. Il n'existe donc pas un ouvrage actuel sur cette loi importante. Les juristes hésitent à toucher à ces lois « délicates », quoiqu'il existe, à l'évidence, le besoin d'un manuel actuel.

En Finlande la publication des textes législatifs importants est bien organisée. Tous les deux ans paraît un volume avec une collection des textes de droit privé, pénal et de procédure judiciaire, tous les deux ans une collection des textes de droit public. Ces livres sont publiés en finnois, mais il existe aussi la collection « Finlands lag » qui paraît tous les trois ou quatre ans et qui contient une sélection des textes les plus importants du droit public ensemble ainsi qu'une sélection plus complète du droit privé, pénal et de la procédure.

Dans ces collections on trouve facilement l'état actuel des lois, par exemple la loi linguistique en vigueur avec toutes les modifications. Dans la section « Droit administratif général » (B), la loi linguistique en vigueur comprend un peu plus de trois pages sur deux colonnes (25 articles). La loi contient quatre chapitres: un avec des dispositions générales concernant, entre autres choses, la classification ethnique des districts administratifs et judiciaires. La plupart des districts sont classifiés unilingues-finnois. Certains sont bilingues et quelques-uns unilingues suédois. Le chapitre deux prescrit dans quelle langue le citoyen doit s'adresser à une autorité publique et dans quelle langue il a le droit d'être servi. Cela dépend de la classification du district, mais aussi de la question de savoir s'il s'agit d'un organe de l'Etat ou d'un organe communal. Le chapitre trois concerne la langue intérieure des organes publics. Le chapitre quatre contient d'autres dispositions concernant par exemple l'Eglise, les universités, les forces militaires et les chemins de fer ou les règles linguistiques différents.

Dans la section sur la fonction publique (C), on trouve la loi sur les connaissances linguistiques demandées des agents de l'Etat. Cette loi exige des fonctionnaires de rang supérieur ou moyen des connaissances complètes dans la langue majoritaire dans le district. Les organes centraux de l'Etat sont considérés comme appartenant à un district bilingue avec le finnois comme langue majoritaire. Puisque les districts judiciaires et administratifs de l'Etat sont, en grande majorité, classifiés comme des districts soit finnois unilingues, soit districts bilingues avec le finnois comme langue de la majorité, la conséquence en est qu'un agent de l'Etat doit, le plus souvent, maîtriser le finnois. La connaissance du suédois demandée du fonctionnaire dans ce cas est modeste.

Une conséquence de cet état des choses est que seuls les Suédophones bilingues ont des chances d'entrer dans la fonction publique de l'Etat. En réalité, la grande majorité des Suédophones de Finlande travaillent dans le secteur industriel ou commercial. Ce fait a des conséquences dangereuses pour le service des citoyens en langue suédoise, puisque les Finnois connaissent souvent assez mal le suédois. La grande majorité des écoliers finnois choisissent non pas le suédois, comme première langue étrangère, mais l'anglais.

Comment peut-on accepter une telle situation? N'est-elle pas en contradiction avec le principe de l'égalité des deux groupes ethniques? Puisque la loi part du fait qu'il existe aussi des districts unilingues suédois et d'autres à majorité suédoise où les Finnois doivent maîtriser le suédois, on ne peut pas prétendre que la loi ne soit pas conforme au principe de l'égalité. Dans ces districts le service des Finnois en finnois peut aussi fonctionner d'une façon moins satisfaisante, pour les mêmes raisons.

On prévoit aussi, dans la loi, la possibilité que, dans les organes centraux de l'Etat, il y ait des sections spécialisées aux affaires du groupe ethniques suédois où la langue de travail est le suédois et, par conséquent, on demande que les fonctionnaires maîtrisent cette langue comme dans un district à majorité suédoise. En réalité il existe peu d'autorités centrales suédoises. Celles qui existent servent l'administration scolaire.

La question de savoir si l'égalité des deux groupes ethniques est bien assurée ou non, est plus réelle que juridique. La dispersion des Suédophones en Finlande dans des districts à majorité finnoise pose des problèmes. On a discuté une réforme du système dans une direction plus avantageuse pour la minorité, mais sans aboutir à quelques résultats concrets.

D'après les derniers recensements, sur 445 communes en Finlande (non comprises les îles d'Aland), il en existe 48 où le groupe suédois possède des droits ethniques propres. Il y a 8 communes entièrement suédoises, surtout dans l'ouest et dans le sud-ouest du pays. Dans 20 communes bilingues, les Suédophones dominent, 20 autres communes sont classifiées bilingues avec le finnois comme langue majoritaire. Les 11 départements sont soit finnois, soit bilingues à majorité finnoise.

5) L'administration communale

La plus grande partie de l'administration publique en Finlande appartient à la compétence des communes ou des syndicats intercommunaux. La loi linguistique contient seulement une disposition sur les communes, qui prescrit que la langue ou les deux langues officielles de la commune doivent être utilisées dans les rapports entre la commune et l'administré. Il manque, cependant, un texte législatif sur les connaissances linguistiques requises des agents communaux.

Nous avons ici une situation où le législateur a laissé aux organes administratifs la tâche de soit «légiférer» eux-mêmes en la matière, c'est-à-dire édicter des décrets, soit de laisser à la coutume administrative le soin de régler la chose. Le résultat est peu satisfaisant.

Les associations centrales des communes, dans d'autres domaines très actives,

ont négligé cette matière. On a, de nouveau, l'impression qu'il s'agit d'affaires « délicates », qu'on préfère éviter.

Dans certaines communes bilingues il existe des règlements sur les exigences de connaissance vis-à-vis des agents en ce qui concerne des langues officielles de la commune. Ces règlements ne sont que rarements détaillés. Bien souvent on ne dit que les organes de telle commune doivent comprendre des agents capables de servir la clientèle dans les deux langues officielles. Cette solution ne donne pas des garanties suffisantes pour une administration bilingue de la commune.

Ce dernier principe a même été inclus comme principe général pour tout le pays, dans la loi du 19 septembre 1982 sur l'assistance sociale (Art. 39.4).

6) Conclusion

Le système d'enseignement public, la langue d'enseignement dans les écoles et universités, n'a pas été traité ici. Il suffit de rappeler qu'en Finlande il y a des écoles de langue suédoise aussi bien que des écoles finnoises et que les études universitaires peuvent être faites, selon les universités, dans chacune des deux langues officielles du pays.

Pour revenir à la question, posée au début de cette étude, de savoir s'il faut avoir des textes constitutionnels et législatifs sur les droits ethniques des citoyens, on peut, sans hésitation y répondre affirmativement. Même si un tel texte est quelquefois mal vu et négligé par des cercles hostiles à tel groupe ethnique, la loi est quand même là. Elle a la force d'un texte en vigueur et doit être appliquée. Les autorités publiques doivent observer ces dispositions dans leur fonctionnement. Le système de contrôle de la légalité de l'administration de la justice et de l'action administrative couvre aussi le droit ethnique dans sa totalité.

Il est beaucoup plus utile d'avoir des dispositions écrites que d'être obligé de se référer aux règles coutumières dont l'interprétation pose souvent des problèmes.

Cependant, le bilinguisme ne fonctionne pas sans un effort considérable surtout de la part des membres du groupe ethnique minoritaire. Il faut qu'ils montrent du courage, qu'ils travaillent activement pour défendre leurs droits. Si, pour des raisons d'opportunisme ou d'autres, ils omettent de demander que leurs droits soit respectés par les autorités publiques, ils prennent un risque considérable. Même si, dans un Etat de droit, tout agent public est tenu d'observer la loi indépendamment de ses opinions personnelles, il n'est pas réaliste d'attendre qu'il fasse un effort supplémentaire si l'administré se contente d'un service dans la langue de la majorité, souvent la langue de fonctionnaire. Il appartient à l'administré de demander qu'il soit servi dans sa propre langue. Si cela n'est pas le cas, l'administré doit utiliser les moyens de recours et de contrôle, par exemple par l'intermédiaire de l'Ombudsman parlementaire ou du Chancelier de la justice.

L'expérience montre, cependant, que les Suédophones de Finlande sont moins actifs à cet égard. Ils acceptent souvent, sans protestation, un service en finnois. Il n'arrive presque jamais qu'ils saisissent les organes de recours ou de contrôle général en ce qui concerne leurs droits ethniques.

Bibliographie

- Merikoski, V.*: Précis du droit public de la Finlande. Helsinki 1954.
- Ibid.*: The Realization of the Equality of the National Languages in Finland. Democracy in Finland. Helsinki 1960.
- Modeen, T.*: Finlandssvenskarnas grundlagsskydd I. (Summary in English: The Constitutional Rights of the Swedish-Speaking Population of Finland.) Abo 1977.
- Ibid.*: Die Reduktion der schwedischen Volksgruppe durch Abwanderung nach Schweden. AWR-Bulletin, 1978; Abhandlungen zu Flüchtlingsfragen XI. Wien 1979; Bedingungslose Heimkehr. *Schlau, Wilfried* (Red.). Frankfurt 1979.
- Ibid.*: Die Lage der schwedischen Volksgruppe in Finnland aus juristischer Sicht. Plural Societies. 1982.
- Ibid.*: Zum finnischen Sprachgesetz. Menschenrechte, Volksgruppen, Regionalismus. Bausteine zur ethnopolitischen Forschung 6. Festgabe für Theodor Veiter. Wien 1982.
- Ibid.*: The Legal Situation of the Lapp (Sami) Ethnic Group in Finland. Nordic Journal of International Law, 1986.
- Jansson, J. M.*: Language Legislation. The Finnish Legal System. Helsinki 1985.

Military Dictatorship and the Law in Third World Countries

SALVADOR MARIA LOZADA

1. Fear and the law

In countries shaken by political instability — a normal source of military dictatorship — fear is one of the most outstanding causes obstructing the working of law.

As it paralyses individual human behaviour, fear also paralyses certain social behaviours, particularly those apt to put in action the due process of law when relations between rulers and ruled, the mighty and the poor, the have and the have nots, the Establishment and the dissenter is at stake.

Who is afraid of power? Obviously the powerless, those far from the protective radiation of power, that is, the bulk of the population. Among them are those who suffer economic oppression or deprivation from landowners or local big business or local branches of multinational corporations, and those who are abused for their wish to participate in political life or in labour union activities. The educated groups in society have their scared ones: teachers, professors, artists, scientists and other members of the intelligentsia, bishops, priests, nuns, religious and civic leaders committed to the poor and to human rights; even judges and journalists.

Why are they afraid? Simply because to challenge the absolute power of dictatorship — and sometimes that of its economic allies — is punished in many third world countries with murder, torture and imprisonment. University students, newsmen, political dissidents, priests, nuns, human rights and labour union activists are murdered, tortured and imprisoned for long periods without any kind of process. Thousands are murdered with premeditation and thousands are murdered by “mistake” or by uncontrolled excess. Thousands are murdered officially and thousands semi-officially; some clearly by government killers and some by unconvincingly disguised government killers. Death is not applied like the *ultima ratio* of the struggle for power, but like the first, superficial, frivolous, practical and most available political resource. The rulers usually tell their audiences that they are acting in defence of national security, sovereignty (never remembered when multinational corporations interfere with their fundamental economic decisions), law and order and Western and Christian Civilization (forgotten when bishops, priests and nuns are murdered because of their fidelity to the Gospel’s values). In fact, they have organized — deliberately or not — an informal and invisible “Ministry of Fear” much more real than Mr. Graham Greene’s imaginary creation.

This “Ministry of Fear” fabricates its own specific products. It produces

tamed political parties that pretend to believe in "partial" or "limited" democracy under military rule or under military surveillance. It produces docile judges who do not "meddle" in the forbidden areas of society: reservations of arbitrary power and lawless force. It produces bishops and priests confined to "spirituality" without any active participation in earthly conflicts and issues like political murder, torture and economic oppression. It produces newspapers and mass media that show an irreal, mutilated or expurgated version of internal and even foreign affairs. It produces "tidy" universities devoted to the technical and ideal aspects of reality, in whose class rooms the real conflicts of society and the burning issues of politics and economics are never mentioned. It produces labour unions which associate administrative corruption and political collaboration with the military.

The fear is not always a conscious one. Sometimes is a larval feeling which inclines to indifference; just an implicit apprehension which makes people reluctant to meddle in politics or civic issues. This omisive or negative aspect of fear produces a massive social exclusion from public life. The unconscious fear is as significant as the conscious one.

2. Absolute power

The *coup d'État* extinguishes democratic government and establishes a military dictatorship. That implies the termination of legislative power, Parliament or Congress. From then on the laws are no longer made by people's representatives, elected politicians under the influence and the control of their fellow citizens. The laws are made by the military with its civilian collaborators taken from the conservative, opportunistic and reactionary elements of the population. The idea of division of power, the idea of checks and balances, the possibility of parliamentary investigation of executive activities vanishes too. The independence of the Judiciary also disappears. The military and only the military appoints all judges. The *coup d'État* is done — rhetorically — to terminate a "faulty" democracy in order to establish a "true" democracy, but, as a matter of fact, the military government tends inexorably to become an absolute government. And Lord Acton's axiom works strictly: "Power corrupts and absolute power tends to corrupt absolutely". An unchecked, uncontrolled power is a sure source of fear, psychologically explicit or implicit.

From the very beginning law is distorted and its credibility totally damaged, because it springs not from an independent legislative body, a separated branch of a threefold government in which every department checks and balances the other ones, but from unitarian self-elected rulers, not responsive to the public, that make and execute all laws and nominate all judges. Written in the 18th century, the classic quotation from Montesquieu is extremely pertinent in many countries of the Third World: "... In Turkey, where these three powers are united in the Sultan's person, the subjects groan under the most dreadful oppression" (The Spirit of the Laws, Book XI, 6). No doubt: *dreadful oppression* is the worst climate for the working of law.

3. Public and private law

The paralysing effect of fear operates principally on the public branch of law; less intensely on the private one.

At the same time that signing a petition of *habeas corpus* is a dangerous action for any lawyer in any of these countries under military rule, the commercial or civil processes concerning a promissory note or a mortgage between private individuals or merchants are usually almost as normal as in any democratic state, unless one of the parties is a member of the military or protected by the military.

The law affecting relations that challenge the established equilibrium of power (i.e. the dictatorship itself, or the power of multinational corporations adapted to the military rule, or the power of domestic big business, etc.) is hindered; it constitutes an area in which the lives, corporal integrity and freedom of those involved in the controversies are jeopardized. Instead, the law concerning relations in which there is no danger of a change in the status quo tends to work normally, unless and not infrequently, the economic appetites of the military rulers are at stake.

Sometimes, the dictators — and their accomplices: ministers, ambassadors, etc. — exhibit the private law section as a proof of respect for the due process of law. However, they systematically conceal the dark side of the picture. All processes concerning political liberties, the right to elect government personnel, the right to assemble, the freedom of speech and press, the freedom from cruel or unusual punishment, the freedom from unreasonable search and seizures, the right to a speedy and public trial, the right concerning labour unions — in brief, all the crucial issues of the due process of law, are suppressed or gravely hurt.

This deterioration arises, sometimes, from legal dispositions aimed of neutralizing certain freedoms or rights, but at other times from the actual and present danger of government retaliation against anyone who takes legal action invoking the protection of these liberties and rights. This retaliation does not always adopt an open form; often it is carried out by unofficial or semi-official members of the organs of the State.

In addition, the degradation of the public law often results from the restrictive construction made by conformist or frightened judges.

4. Military justice

One specific aspect of fear is the frequent subjection of citizens to military courts during military dictatorships.

Protests, riots, strikes are pretences for putting thousands under military discipline and in this way under military courts. Although the famous *dictum* of Groucho Marx ("Military justice is to justice what military music is to music") may seem in certain cases exaggerated, there is no doubt that the due process of law is severely damaged every time a civilian is taken from a civil court and submitted to a military one.

I have formed the definite impression, through a personal experience as an International Observer of the military trials in Chile in 1974, that in some Third

World countries subjection of citizens to military courts jeopardizes the rights of people to be informed of the accusation, to be confronted with the witnesses against them, to obtain witnesses in their favour and to have the assistance of independent counsel for their defence.

Whatever limited or approximated acts of justice can be done by military courts, the risk of being subjected to them is a cause of reasonable fear. In this case, not a fear that paralyses legal action but a *fear of law*, a fear of a menacing, alien, hostile law.

Paradoxically, as the Argentine experience of the 80's shows, military courts are mild, meek, soft and means or instruments of impunity when military violators of human rights are indicted. The Argentine case shows that military courts are not essentially stricter or more severe than civil ones. In a dictatorship or during a transition from dictatorship to democracy military tribunals are just a means of the military to retain political power from the civil society and to defy this civil society.

5. Emergencies

Constitutional emergencies (*État de Siège*, curfew, war zone without real war, emergency zone, etc.) often mentioned in Constitutions and laws, are technically established to face uncommon abnormal situations, in which restrictions on liberties and freedoms are permitted. These restrictions, very short in time and very exceptional in nature, are intended to give additional strength to the executive in the face of transitory disorder or crisis.

However, with accomodating interpretations by helpful judges and "jurists", and in the hands of authoritarian *régimes* states of emergency have become the normal — not the abnormal —, the permanent — not the transitory — way of legal life. There are countries that in thirty years have lived less than five without *État de Siège*. Chile was still under a state of emergency seven years after the *coup d'État*.

In such situations the executive is entitled to suppress physical freedom and to imprison people without criminal charges. During these peculiar periods which commonly occur in Third World countries, a Bill of Rights, although written in constitutions, loses any possible relevance. The constitutions say that nobody will be imprisoned without due process of law, but everybody sees that political dissenters or labour leaders remain incarcerated for years without process and even without being charged.

This lack of practical relevance of fundamental rights creates a feeling of indifference or apathy toward legal affairs which, combined with the fear of power, hardly allows the working of law.

6. International solidarity

It is obvious that improving this situation depends on a change in political conditions. The consolidation of democratic government, with alternate political parties, respect of minorities, checks and balances of separated powers, elected

members of the executive and legislature, free criticism of public officials, really operating fundamental rights, and the military under the authority of democratic leaders, will allow the start of a 'defrosting period' in which the paralysing fear will begin to decrease.

In the meantime, international pressure will be extremely important in attenuating harsh conditions in many countries.

On one hand, the advance of international law in matters affecting human rights and crimes against humanity must be pointed out. In this connection significant progresses must be underlined like the Human Rights Convention of the Organization of American States (OAS) defining torture as an international crime, and the plan, proposed by Princeton University Professor Richard Falk, aimed at establishing an International Tribunal for the trial of dictators under the authority of the United Nations.¹

On the other hand, international action by democratic states and humanitarian institutions must be mentioned. The isolation of dictators, politically as well as economically, will have a decisive part to play in reducing distressing internal conditions. Unfortunately, this solidarity is frequently interrupted because of economic greed and opportunism, ranging from giving up to multinational corporation's pressure to avaricious exports of armaments to military dictatorships. In every democratic country the human rights issue should be emphasized in such a way that its superiority in relation to balance of payment or economic advantages can be clearly shown.

Vigilant international institutions like the United Nations Committee on Human Rights, the OAS Commission on Human Rights, the Red Cross, Amnesty International, the International Commission of Jurists, *Iustitia et Pax*, and others, have considerable merit and practical effect. In the same way, international personalities, like Sean McBride, and religious leaders, like the Brazilian bishops Helder Camara and Paulo Evaristo Arns, have a decisive influence to save lives or in achieving releases from prisons.

International solidarity is a powerful stimulus to those struggling for justice and law in many countries. It makes them feel they are operating in a partnership. The efforts of these fighters have a multiplying effect on their fellow citizens. International solidarity has then a tremendous impact as a means of pushing forward the defrosting point and loosening the paralysing fear.

When people's fear has faded away, ruler's fear will remain. As John Steinbeck once pointed out: "Fear corrupts, perhaps the fear of a loss of power". The final days of dictators are not better or less violent than the first ones. Then, in the difficult transition from autocracy to democracy, international solidarity will be, too, an invaluable support.

7. Bad influences

But not all international influences are helpful. There are some which prolong the evils of dictatorship. This is the case of what I have called "the Latin American model of transition from military dictatorship to dependent or conditioned democracies". Closely watched and induced by the conservative administrations of

the United States in the 80's, some of the Latin America's murderous military dictatorships have recently shifted, and are, shifting to *some kind of democracy*, according to a model, obviously devised and imposed from outside, which allows a very restricted real popular participation.

The main features of this model are:

a) the rigid requirement that these conditioned or dependent democracies pay, not their external debt, which is, as everybody knows, unpayable, but the interest on the principal, that is, the real bankers' profit,

b) the fact that military power is preserved as watchdog over the limited democratic experiment.

The results of these two major impairments are manifest. From the first one derives the economic inviability of these governments. Forced to pay the interest on the external debt, they invest all, or almost all, the profit from foreign trade in the service of the debt, tragically postponing the satisfaction of what we should call the *internal debt*: people's basic needs, collective health, sanitation, education, public works, infrastructure development, and so on. Moreover, the International Monetary Fund, as a proxy of the foreign creditors, lends money to pay the interest, aggravating the external debt and requiring, as a condition for the lending, new economic adjustments of the local economies which means further degrees of collective impoverishment. From the second one derives a military that does not dare to tackle crucial problems and resists the transformation of the armed forces, frequently the despotic arm of local oligarchies and imperialistic masters and mentors, into a true instrument of civil government. This immovability in the face of the military explains the ludicrous sacrifices made in Argentina, Brazil and Uruguay to protect the military officers from well-supported accusations of murder, torture, kidnapping and robbery by means of legislation impudently designed to immunise them from criminal charges: amnesties, two months statute of limitations on crimes against humanity, the impossibility of accusing those who acted under orders, etc. In this way, the human rights issue has been immolated on the altar of the military power, which is, after that, doubly reinforced.

Excluded from these two dominant questions (external debt and military power), the answers to which are *a priori* pre-conditions of the transitional experiment, public participation has been restricted to lesser political areas, which seems, to many, *politics just for the sake of politics*, not an attempt to overcome the evils of dependence and underdevelopment. Thus public interest and participation has rapidly diminished, politics having become a game designed to change (minor aspects of social reality) in order that nothing (important) can change.

From the frustration of this model of transition the other Third World countries should learn what must be avoided when Military Dictatorship is over.

Note

¹ Le Monde Diplomatique. Janvier 1980, p. 8.

Relations between Constitutional and Criminal Law Systems

ANDRÁS SZABÓ

1. Introductory remarks

I have referred in several papers to the fact that I see a close relationship between current theoretical political models and criminal law theories. For example, I have expounded that the establishment of the welfare state model has involved a sharp critique of the classical penal law and has established an integrated re-socialisation criminal law, or a criminal law theory with that ideology. Paternalistic state socialism just according to its welfare-care ideology also required a special criminal law ideology, which differs from the classical criminal law theory. And although with a peculiar socialist epithet, actually an integrated re-socialisative criminal law ideology was established. This relationship will be elaborated here in more detail.

Since the end of the 19th century the ideology of the criminal law has been shaped around the idea of re-socialisation. The considerable reforms of criminal law have been characterized by an effort towards more and more individualism, aiming at re-socialisation. Consequently the establishment of special criminal law for minors, the medical treatment of abnormal offenders and the introduction of probation took place. Contrary to the classical theory of retribution the idea and practice of criminal re-socialisation do not depend on the legalistic or juristic approach to criminality. Much rather a legalistic and social approach to criminality gained acceptance, which involved the use of several empirical disciplines. The criminal law is basically one element in an integrated system of criminal science. This change of models is expressed in a classical way by the German term "gesamte Strafrechtswissenschaft". However, since 1975 the ideas and practice of the welfare state have been in crisis. The idea of re-socialisation came under more and more sharp criticism, some even buried it altogether.

The scepticism towards the criminal law of the welfare state can be measured, among others, by the increased interest which has appeared in classical, neo-classical, neo-liberal and neo-realist ideas. Generally these theories stick to the retributive delivery of justice and a return to the legal approach to criminality. Both the integrated criminal law theory of "new social protection" and the modern German school seem to be out-dated. The criminal law dogmatics has once again occupied its old bastion, the normativist legal system and it seems to break consequently with the approach which combined legal normativity with social functionalism. The penalty which is socially aimed and has social function — its implementation

and application intended to be regulated by social sciences and other sciences dealing with the human race — has increasingly been replaced by the legal objectivist penalty, which should be proportional according to the gravity of the crime determined by the law. The speed and ease which has characterized this return of the criminal law ideology, and which we can follow in the columns of the legal periodicals of Western Europe can be explained by two factors in my opinion.

— The existence of criminal law ideologies and theories is not autonomous, but largely depends on the social and political ideology of the age and on changes in the social and economic system. In other words: in my opinion the system of integrated criminal sciences was based on the economic and political model of the welfare state both at its beginning and at its decline.

— Anyway, in the welfare state the integrated criminal sciences meant rather a point of reference, actually, however, the *concrete criminal law situation was only mystified* (therefore they served as a real ideology). We may take as an example the “new social protection”. Its ideas were virtually never realized, unless we regard the secure detention of abnormal criminals as an achievement. This idea was inspired, however, by the criminological idea of the repression of social danger and it does not particularly serve the honour of sciences dealing with man. The great positivist-welfare reform ideas were implemented in practice only in fragments and in a marginal way, the allegedly integrated social sciences and humanities actually did not receive any place in this system. A dream has vanished. Of course, one may argue that the idea was beautiful and perfect, only the implementation was deficient. But this is not a viable argument, the root of the matter is that it could not have been accomplished.

The crisis of criminal law and criminal law theory cannot be attributed to the failure of the idea of re-socialisation. As we know, the success of re-socialisation is measured by the degree of recidivism, namely by a more sophisticated version of it, when we deduct from the number of all convicted the number of untreatable and those who cannot be re-socialised and comparatively we measure the degree of recidivism. Anyway the crisis of criminal law and criminal law theory cannot be explained by the failure of the idea of re-socialisation, but we attribute it to the fact that *the role of the law itself and in its regulating function goes through changes in welfare states*. The new achievements of social and economic development put pressure on the state to rationalise as much as possible the social relations of the free market, which manifests itself first of all in large-scale deregulation and a considerable crisis in the state welfare system. In order to understand the deregulative process in the crisis situation of the welfare state we have to examine how the social factor became legal factor during the process of the establishment of welfare state because this is the key to the question: how compatible *criminal law ideology and theory* appeared.

In this review, I shall primarily analyse the theoretical development of the integrated criminal sciences, but I will not forget the recent theoretical view of the given period, either.

2. The historical roots of the model of integrated criminal sciences

The prevailing legal theory and criminal law theory of the 19th century was *classic rationalist and individualist legal positivism*. This way of legal reasoning succeeded to establishing its ideas. The ideals of *natural law* and *enlightenment* were comprehensively codified virtually everywhere on the European continent. On the basis of its success it could declare with justification that the *codified law was the law itself*. The spirit of law came true in the codified law and the "rule of law" states really codify their law, especially their criminal law, so that for the classical criminal law school the only source of criminal law is the criminal code itself. The classical individualist legal viewpoint (and legal system) make a sharp distinction between private law and public law. This distinction is not based on the inner nature of law. The most important conclusion is that political sovereignty is clearly separated from the communities, thus *civil society is separated from politics and the political society* and this autonomy is embodied in the private law. On the other hand, however, this means that the state cannot interfere with the social relations of the community. The state ensures the exercise of liberties in this political-legal system in a negative way. The liberal state is a supervising state and not a public power of intervention. It does not intervene in decisions on the content of legal norms. It follows that criminal law norms are not the concern of the state, only their *application* is, the state does not interfere with communal and social life in such a way as to claim the determination of the content of rules. The implementation and prevalence of law mean the positivist-utilitarian application of law. Just as the private law does not determine the substantive conditions of labour contracts, neither does the criminal law regulate the implementation of punishment. Legal and state intervention sticks to the mere prevalence of law, but it does not submit the individual to any, closely defined intervention in content, it does not compel his relations and personality to accept any substance. The prevalence of positive law is the only *condition and aim* of state intervention. However, this supervision and criminal political role of the liberal-rationalist state quickly meets powerful challenge.

The following happened: the economic and social development of the 19th century simply undermined the distinction and legal classification between the spheres of private and public law, which was considered desirable by the legal individualist world of thinking. It particularly undermined the principle of separation of the civil communities, the society and the state. On the one hand, in the *form of social policy* the state started to intervene in social and communal relations. On the other, some social groups and communities (trade unions and political parties) gained public law power and *they became participants in politics of the state*. Along with such developments more and more people realized the untenability of the rationalist-individualist classical law and legal theory. The legal theoretical and legal philosophical publications challenged the *rationality of individualism* and, in some way or another, they emphasized the new role of civil society, of social communities, they once again evaluate their function. The main point of this new evaluation is that it gave precedence to social communities and society against the

state and justified their precedence over state authority. In chronological order we can distinguish three phases of this new theoretical movement:

a) In the initial stage we find attempts to solve the problems of "social". In the course of this new views of social organisation were outlined, especially the organisation of labour and that of industrial society. The utopian socialists in particular strove to do this. Primarily it was Germans who worked out the *ideas, theories of social being and the social content of law* (Fichte and the German historical school led by Jehringer).

b) In the second phase theories of legal socialism were worked out, especially the *theory of law as a tool of politics* (Menger).

c) Then at the end of the 19th century the positivist sociological school emerged, which finally formulates the integrated model of law and society.

I intend to survey them closely, however, very briefly.

3. Theories of the social content of law

Until now, unfortunately criminal law experts have not paid attention to the activities of Fichte, although his influence on criminal law theory can be traced from different aspects. Even if his legal philosophy separates the law from politics, his private law ideas are much more political even than politics itself, as in this theory private law naturally includes social, communal and societal factors. According to him the prevalence of law is not ensured by the declaration of state intention, but by the fact that it is a phenomenon based on communal and societal legal relations. Even at the beginning of the 19th century this theoretical trend opposed the classical view that society *could be automatically regulated by the operation of free market and rationalist codification*. Accordingly, poverty and social unrest required the elaboration of a conscious social policy (and in addition, a criminal policy too). The formulation of social and societal problems are the basis of the recognition of the political character of legal phenomena in the sphere of private law and generally of the *conceptualisation of the political role of law*. Of course, for them it is important to see how social and criminal policy influence the criminal law. We may state that the recognition of this relationship is rather late. All that we have said is only a possibility for building a conscious relationship. Changes in criminal law have not yet appeared either in *criminal law dogmatics*, or in *criminal law legislation*. The social problems appeared in *the course of implementation of the penalties*. Actually the experiences of the implementation of punishments ripened the change, because here the criminal law became closely involved with the separate world of criminals and as a consequence we see a switch from the *punishment* to the punishment of the criminal, from *legislation policy* to the social-political and criminal-political problems. Therefore social reality, and social problems challenged initial, classical views of the origin and validity of the normativity of laws. The drawing of every possible theoretical consequence is in vain, however, if this does not take place. Until the end of the 19th century the special problems of criminal law existed in their original, classic form. That form meant: *normativist criminal law theory and the practice of the implementation of punishment co-existed*, but they did not influence each other. Until the basic

social-economic conditions existed, the substance of classical criminal law did not change. *Legal positivism as the real legal ideology of classical capitalism* firmly held its own as an *ideological regulating model of classic liberalism*. In other words: the criminal policy of classical liberalism was nothing else, but the policy of the given legislature, and its *social policy took shape only outside the law*, if at all. In criminal policy legal positivism did not have any special criminal law form of appearance and it was not formulated either as a *separate criminal policy or as social policy affecting criminal law in the theory of criminal law*.

Jehring first formulated the relationship between the *law of punishment and criminal policy* and the impossibility of separating the two. According to him a criminal act does not infringe some abstract theoretical values or legal object, but real relations and conditions. The idea or consciousness of law by itself is not yet law. The idea of law only becomes "possibility of law", when the interests and the social factors of power meet, then, however, the law as such is born out of necessity. Its 'socialness', its usefulness becomes operational in such a way that it takes shape in legal institutions, it gets translated to legal language. And the purpose of law is the *guarantee of security* in the concrete conditions of life, through *coercion*. The aim idea is which introduces *social reality* and its problems through expressing interests to the legal dogmatics and legal practice. The functionalist aim idea is which finally leads the criminal law out of the world of vengeance (but not from the theoretical sphere of retribution) and fixes criminal policy as the fundamental question of criminal law theory. That way the criminal law *punishment becomes a political question in society, it becomes a socio-political as well as a criminal-political problem*.

4. Juristic and legal socialism

In our country we very much underestimated legal socialism in theoretical historical surveys and we virtually ignored it, although even Engels and Kautsky dealt with this phenomenon already in 1887 (Juristensozialismus, Neue Zeit, 1887), albeit very summarily. They did not recognize that this socialism of jurists is an important pioneer of the theoretical foundation of bourgeois social reforms. It is to the merit of socialist jurists that they formulated the *social problems as legal problems*, i.e. in such a way as questions of the legal relations of power. According to the majority of authors the social function of law develops parallel with the social-economic reality, but legal development has a special dynamism and task: the *establishment of socialism is possible through legal reforms*. They put three significant conditions to the socialism to be accomplished by legal development:

- first of all, the socialist programme should be formulated as a legal programme;

- the valid and existing law should be interpreted on the basis of a socialist way of thinking (i.e. such a legal practice must be worked out);

- concrete legal development should be analysed and surveyed, because this necessarily goes in the direction of socialism.

The critical remarks of Engels on the subject are rather devastating, because he essentially propounded that the law has no independent substance. According

to him the gradual and progressive development of fairness does not mean anything, because this fairness remains in the framework of the bourgeois legal order and it is nothing else but bourgeois reformism which is still conservative compared to the revolutionary changes. However, history has proven that there could be such a level of social justice, fairness and equity, which would create a more human environment than existing 'revolutionary' socialism. And the socialism brought about by social democracy (the creation of the foundations of welfare society) has been significantly promoted by the "Juristensozialismus".

In the socialism of jurists social and welfare policy is formulated as a legal concept. Unlike *human rights*, which are based on legal equality and freedom and the essence of which is the protection of the individual *person against authority*, basic *economic rights* (rights to work, to a fair salary and to welfare) *require state intervention in social and economic processes and relations*. State intervention for the sake of such material legal values is the *socialist function of power*. *Legal socialism is the most complete legalisation of social-economic relations*, which profoundly changes the traditional legal order and alongside the private law and public law it creates *public law with an explicitly social content*.

The political substance and character of a liberal state of law and of the corresponding classical basic rights could be found *in its structure itself*; however, the substance and political specialty of the social-welfare state and basic social rights could be found *in the instrumentality of rights* and the emphasis on their character as tools. In the reality we observe that the crisis of the free market economy requires *state intervention*, which has taken place, and parallel with it we can witness the transfer of emphasis which we could call a transition from *legal normativity to the social and societal functions of law*.

5. Positivist sociology, positivist criminal law and the model of integrated criminal sciences

Due to the pressure of social-economic development the legal order goes through fundamental changes (we have to think about the economic crises appearing at the end of the 19th century, the neo-classical codification processes in Europe, the emergency laws against the socialist and anarchist movements) and in its framework the relation in the division of private and public law has substantially changed, moreover the role and function of criminal law has changed, too. The sociologist school of positivist criminal law is an organic part of positivist sociology and this trend has succeeded in establishing the unity of legal and sociological approaches. This sociological criminal law school is the basis of the criminal law foundations of the welfare state.

The birth of the interventionist state at the end of the 19th century — as a political, economic-political answer to social and economic changes — went together with the large-scale *legislation* of social problems. When classical liberalism got in a crisis and free market capitalism required a new relation in order to regulate the market by the state, the integrated legal system of social-political intervention appeared, within it the new legal model of social policy and criminal policy as well. In the criminal law the *idea of criminal law punishment and the*

institution of socially aimed punishment embodies social need and legal form. The criminal law view, philosophy and theory, which are in accord with the changed social and political requirements, push back the dogma of *retributive* criminal law and establishes the idea of *utility*. The alterations of emphasis are extraordinary indeed: the neutral and organic state is the main operator of and participant in a utilitarian policy. Consequently the neutral interventionist state *is able to shape the delivery of justice*, i.e. the delivery of justice does not work on the basis of eternal moral laws, the criminal law can protect the social interest, fulfill a social function and furthermore, regulate the operation of state machinery. The emphasis is no longer on the *protection of individual liberties*, but on the *accomplishment of a social mission*. Therefore the criminal law does not mean the limitation of state intervention in the protection of individual liberty, but the criminal law itself, as a tool of political power and state authority, determines the conditions of existence for the citizens. The criminal law *no longer protects the citizen*, but the *state and social functions*. By the legalisation of the society, by the definition of social functions of criminal law the system of integrated criminal sciences emerges, which is formulated and expressed in a classical form by the German "*Gesamte Strafrechtswissenschaft*". This is both an expression and a title — the title of an existing periodical which has a great influence. In its own theoretical history the criminal law formulates an independent sphere of operation for first time, a function, which is not due to the law, but derived from the social need, and such a universal system of views, in which *legal concepts and needs are supported and promoted by a whole set of empirical sciences*.

The most spectacular success of the positivist way of thinking and school is undoubtedly the volume by Ferri entitled "Criminal sociology". This volume is the first such work of criminal law of criminological character, in which the criminal law statements are not justified in their normativity, but in their criminological content. As concerns the idea of the genesis of criminality, Ferri is undoubtedly eclectic, follows various ideas. However, the criminal law and criminal political conclusions express a very homogeneous system of ideas. The most important basis of his criminal law views is the analysis of the different types of criminal, this is the initial point for him to create a *social policy for prevention*. In his system of ideas the *measures substituting criminal law* (sustitui penali) have a fundamental place. These are such social and legal tools which start out from social problems and aim to eliminate criminality, desired *criminal political measures*. I.e., these are *reparative institutions depending on the type of criminality* (whose sphere of operation is civil society) or temporary limitations on rights, in the form of repression or elimination. Consequently, the criminal law measures are based on criminal political aspects on the basis of empirical surveys, their aim is an effective effort against criminality. Ferri tried to include his ideas in a universal system (1921) in his famous *proposal for a Criminal Code*. Although this proposal was a comprehensive and elaborated proposition of the positivist school, it drew several attacks from the representants of the positivist school itself. For example, Zerboglio reproached Ferri, saying that he had not carried through the ideas of the school consequently enough in his draft code. Zerboglio disagreed, e.g., with his reserve to generalise the measures substituting criminal law and considered the draft text as too technical instead of emphasizing his criminal sociological views. This was the first sign

that the role as a guarantee of the criminal law and the criminal-political, criminological views were on a collision course — as is now the case. Naturally then nobody thought that Mussolini would take the ideas of Ferri and that his draft would be the basis of the first Fascist Criminal Code: the “Codice Rocco” (1931).

A consistent follower of the ideas of Jehring, who raised the question of utilitarian criminal law views, was Franz von Liszt in Germany — his ideas and work are very well known in Hungary. However, his seminal volume, the famous program of Marburg “Der Zweckgedanke in Strafrecht” is hardly known. The basis of his theory is the duality of criminal law and criminal policy. Actually this theory became the foundation of the whole criminal law institution system and criminal law viewpoint of the welfare state. Liszt attributed a great importance to the sociological and empirical study of criminality. On the other hand — although many of those who refer to him, easily forget it — he gave to criminal policy the task of working out the measures, however, these measures are not considered to be applicable by any means, but he set limitations of criminal law in this sphere: he sees the criminal political necessity under the control of criminal law values, those conditions of community life, which ought to be protected by criminal law. Liszt put it this way: the *limitation on criminal policy is the criminal law* (unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik). In other words: for the protection of legal objects the principle and traditional, classic rule is fundamental: *nullum crimen sine lege*, even if the punishment depends on the aim idea. So in this way in order to realize the criminal political purposes of criminal law it is the Magna Carta of offenders, i.e. there is a role and importance in the protection of individual liberties, too. The criminal law theory of Liszt implicitly includes — he even expressly says this — that *social policy is the best and most effective criminal policy* and the criminal policy as social policy is suitable for bringing a reform into the social relations, in other words, social policy is a *tool of social-political — criminal-political prevention of criminality*. Liszt worked out such a system of individualisation and socialisation of imposing and enforcing punishments, which pays most attention to *social prevention*. In this way positivism in the framework of such alteration of legal order, which is suitable for social-economic intervention, elaborated the model of such a criminal law, too, which *rectifies the punishments to the social consequences of the criminal act in such a way that instead of the guiding role of normativity the etiological thinking and the criminal casuistical aspects* are decisive. The political considerations concerning the legal objects to be protected and the choice of applicable measures are based on the changed model of operation of the whole legal and social system and are not identical with the legal and ethical problems of classical criminal law. The term legal objects has now a basic role, because it has a watershed role to distinguish between legal and political quality, therefore in its framework of legal policy this category is suitable for combining the societal and social-political elements. In this framework of the legal system the criminal law operates as social policy, societal policy, this is the way of its development, but we should not forget that the social policy becomes more and more legal, it takes more and more legal forms. The “gesamte Strafrechtswissenschaft” explained by Liszt is an attempt to create an integrated, unified criminal science instead of the duality of criminal policy and criminal law, which can be used. At the very moment when the interventionist state, which regulates its sphere of

activity in an active way by legal norms, takes a decision to solve some social problem, the decision takes a legal form and in the handling of problems of criminality the etiologial handling of problems is decisive and the integrated criminal sciences are competent to give the right answer. The same social-political process, which created the social policy, at the same time shaped out the criminal policy, too. Therefore *the criminal policy is the politics of the interventionist state for handling criminality*.

Another great representative of positivist criminal law thinking was the Belgian Prins, who, as we know, established the International Criminal Law Society together with Liszt and van Hammel. We may more securely say about him that, as a positivist criminal law expert, he cultivated the legal sciences as well as the social sciences for he was active in both sociology and social-political theory. A consistent follower of the idea of progress, acting for the sake of corporatist solidarity looking to the work of such predecessors as Owen, Fichte, Fourier, Saint-Simon, Gierke and Spencer. The term "protection of society" is also due to him and his criminal law theory aims to support functionally this theory of social protection. According to Prins the society itself, *the social communities autonomously should take care of the institutions serving the prevention of social and economic illnesses*, namely on a self-governmental, associative and solidarity basis. At the same time the state should conduct a social policy of *prevention*, arranging the proper fulfilment of public education and housing requirements and acting in general in such fields, where the efforts of local communities are not sufficient. *Along with such a social-preventive policy the criminal law itself should fulfill social-protective functions. Therefore the protection of society, the criminal law aim idea does not stand by itself, only together with a comprehensive preventive programme.* However, this should be a differentiated, complex one. It should serve the re-socialisation where this is possible, namely by introducing the conditional sentence and probation. For the sake of differentiation the development of criminality should be continuously observed and we have to draw consequences of criminal law according to this phenomenon. However, Prins allows for *retribution*, too, in his theory, when he emphasizes that the perpetrators of grave criminal acts cannot be sentenced endlessly to short prison terms, in their case social re-integration as an aim would be catastrophic. The concrete purpose of criminal law sentencing should be social protection. While the positivist school permanently supported the idea that *we have to separate from the criminal law such functions as, e.g., re-socialisation*, considering that *a crime prevention social policy and criminal policy is more suitable than the criminal law* for reaching this goal, Prins by using the category of danger — particularly by the introduction of security measures — *set the foundation for combining the neo-classic school with the protection of society.*

6. Crisis of the criminal law based on the positivist sociology and the prosperity of neo-Kantian ideas promoting the morality of law

The legal world image of the positivist criminal law school is rather one-sided, it is pragmatic and materialistic, however, it considers the *law determined merely by social relations*. It completely ignores the fact that law is influenced by the idea of law, the normativity and the inner conceptual impetus. At the turn of the century as a reaction against the one-sidedness of positivism the neo-Kantian school appeared. According to this school the law has a self-acting movement, according to its substance the law is independent from social relations, because its methodology, categorisation system does not follow the logic of social relations. According to the neo-Kantians human behaviour by itself does not even exist, but only when influenced by some norms, guided by these norms. *Human behaviour is not naturally given, but culturally determined and value-oriented*. Accordingly the neo-Kantians reject the criminal law positivism and the model of integrated criminal sciences, because they consider the law as existing not only in its social dependent situation, but in cultural and value aspects too. However, this opens also the road to the moral approach to legal problems, *they consider the criminal law a protector and promoter of values*, consequently they emphasise its independence against the social-political dependence of criminal law. It is not accidental that after the Second World War many *jurists and criminal law experts regarded positivist criminal law as a supporter of tyrannies, which had justified the criminal law of totalitarian regimes by its theories*. At the same time, however, among those, who supported theoretically the tyrannical regimes, we can find neo-Kantian criminal law experts, too. As a matter of fact, in their views legal independence goes so far that they do not interpret the law as a normative regulation of relation between authority and the individual, but as a tool of the state with the task of securing freedom within the state. In this view the criminal law does not divert attacks on legal objects and values, but is an answer to ethical value infringements, namely *an answer to the breaking of loyalty towards the state*. Consequently we may see both in the ideas of the positivist school and the neo-Kantian school the delusions of criminal law. On the one hand, positivism is naturalist and utilitarian in its interpretation of behaviour and reality, on the other hand, the neo-Kantians spiritualise legal ontology and the social-authoritative relations idealistically.

The crisis of the integrated criminal science ideas of the positivist school, i.e. the rejection of the model of authoritarian criminal law becomes reality only when the latest results of the New social protection appear. Namely, this concept rejects those *social functions of the criminal law which have been required by the welfare state*.

Perm 7. Conclusions

The positivist criminal law school and the model of integrated criminal sciences could appear because the capitalist state had to answer to the results of the social-economic development by developing interventionist and regulating functions. On this basis the criminal law had to fulfill and could fulfill a social function which was expected by criminal policy. However, considering the fact that the model of the interventionist welfare state seems to be in crisis in our times, the traditional positivist criminal law reasoning runs into crisis, too. It would require another essay to show how the idea of the welfare state, of the interventionist and regulating state has been mixed up with the paternalistic political idea of state socialism. The main point is, however, rather obvious: in the era of "state almighty" regulation the criminal law had to take over functions which were social functions and which could not be carried out by the criminal law. In our country "the criminal law idea system of socialist positivism" has also been challenged, because it became obvious that the model of existing socialism failed and that state interventionism brought crisis for the whole society. Therefore we have to reconsider the functions and the whole philosophy of criminal law, particularly concerning the concept of punishment. As in every field of social life the *politics of deregulation* are actual, we have to give up the previous practice of criminal law handling social functions. Thus, we have to reconsider the relationship between *jus puniendi* and criminal policy, the relationship between the criminal law normativity and the social functions of criminal law. The new historical situation needs a criminal law based on the new conditions and applicable to them, because the criminal law does not possess any autonomous theory, only a dependent theory. And this dependent theory should consider the re-regulation of relations between state and individuals in the constitution and in social practice. It is impossible to reiterate criminal law concepts, repeat them in an autistic way independently from the requirements of historical and social events. A new political truth should influence the new truths of criminal theory, too.

Permanence and Change in Public Administration

LAJOS LŐRINCZ

1. In every age, every country and in every social order there are a great many people who want to change or even destroy public administration because, due to its frustrating inertness, the desired changes in society cannot take place, while others consider the constant changes of public administration as impossible to follow, manifesting themselves in structural changes, rapid alteration of its leading figures, in modification of the decision-taking prescriptions which seem to be often without good reason too hasty and even desultory. We could quote lengthy sentences from the Hungarian literature of politics and public law to support this statement. Lajos Mocsáry wrote in 1890: "(We need) substantial and profound reforms in the material and procedural laws, not the certain kind of organisation and reorganisation which is so eminently typical of the bureaucracy, which mainly consists of hesitant changes in some modes of procedure and some offices."¹ Later, after 30 years István Weis put it even more unambiguously: "The necessity for alteration in public administration became well known in the last decades — in vain, literature and the public echoed the complaints — in vain, the representatives of the ancient inertia have rejected every horrendous picture of change with holy dread and shiver. . . ."² After 30 years once again István Bibó has urged real reforms instead of illusory changes.³ But it is almost the same picture in the Western democracies. For example, Michel Crozier, a well-known French sociologist stated bitterly in a volume published in 1987: "If there is a field where both the socialists and the neoliberals have failed, it is just the reform of public administration."⁴ Then in his historical and comparative monograph Ferrel Heady⁵ presents the reluctance of administration, by analysing the system of administration from the ancient Chinese and Indian cultures up to now, against the demands for change streaming from different spheres of society.

Even considering the aforesaid, it is obvious that public administration, i.e. executive activity in the wide meaning of the word, which is in substance organisation, record keeping, planning and policing for the sake of the public, although in some of its elements it really does not change very much, because this change would alter its substance, it changes, the more, in several aspects it is in the state of permanent upheaval. Comparing its characteristics today with its characteristics in the medieval age, this point can be proved without any special evidence.

Actually the question is: to which "World Clock" this change is attuned — to

the one which measures the development of production and technology or the one which shows the standards of culture or political relations? — and generally speaking: can we talk at all about a World Clock or merely about regional or even national chronometers? The facts show — and this makes the answer rather complex — that changes in an essentially national institution are mainly enforced by regional or worldwide re-arrangements.

This threefold effect does not always run in the same direction, or more precisely: it seldom runs in the same direction. Its consequences are hardly recognizable, even less can be estimated. All those predictions which try to draw up the future image of public administration, are generally blurred, give very few indications for practice, because if they paint a limited and graspable picture, they have a very low, indeed ridiculous score of direct hits.

Public administration is one type of organs of the state, according to some experts it is the state itself. This statement is not completely without truth. At the highest grade of organization it is actually public administration which employs the greatest mass of professional people when compared with every other type of state organ. The number of employees working in state administration — hundreds of thousands of civil and police personnel — is greater by a far than those employed in the judiciary, while representative organs cannot be compared with the organization of administrative experts living exclusively for the state and from the state due to the different degree of professionalism and different organizational relations. Well, this particular organization, as a world phenomenon, has proliferated more and more from the eighties of the last century until today as a constant trend — both in its structure, function and personnel.

In France, until the end of the Ancien Régime only two ministries fulfilled general and sectorial administration, namely the ministries of justice and finance. By 1880 their number had increased to ten, today the number of ministries is about forty. In Britain the cabinet had five members in 1783, at the end of the last century twenty. Today it has more than thirty, although Mrs. Thatcher steadfastly tried to reduce this number.⁶

When the international, general trends are known, Hungarian development does not seem unique at all. In this country the same process has taken place as in every more developed state of the world. The increasing demands by society against the performance of public administration is also similar both in this country and elsewhere. The feeling of disappointment is common, too, the experience of the absence of fulfillment of unreal wishes and demands.⁷

Thus public administration is an organic system of the state, which has to perform more and more differentiated tasks throughout the world and meet increased social and political expectations, which make almost impossible to comply with the demands. Therefore, dissatisfaction with public administration is ever growing and together with it the number of new and unfeasible reform-proposals also grows which aim at the elimination of the discrepancies.

2. The increasing social weight of public administration, concerning particularly staff and workload, is a worldwide phenomenon which applies to every country which has reached a certain level of industrial development, regardless of the nature of its political system. In these countries — which include the welfare states and the former socialist countries — public administration shoulders an

ever-increasing share of responsibility for organizing public health, education and other social services, it claims an ever-growing share of social revenues and distributes it through proliferating institutions and officials according to centrally fixed and more and more confused regulations. We might believe that with the strengthening of neo-liberal ideas a new process takes place, first of all in those countries which have consciously adopted the anti-interventionist and anti-bureaucratic theories of Hayek, Friedman and Nozick in forming government policy. However, it was also true in Great Britain and in the United States that declared and accomplished government policy is not necessarily identical. The policy of deregulation and privatisation has aimed at pushing back state administration and public sector in general. These aims are well known in Hungary, too. The somewhat less known fact is, however, that e.g., in Great Britain, compared to 1970, the number of public administrative employees has increased actually by 3.9% in 1986. Thus we may only call it a successful political action if we consider that at the same time public administrative personnel grew in Germany by 7.1%, in France by 11.1% and in Denmark by 19.2%.⁸

The development of public administration follows a peculiar time rhythm, i.e. it does not immediately resonate with the comprehensive social, economic, political changes and not always in accord with the expectations of the society. An operative and expansionist public administration, which is so characteristic in our age, started to develop in the eighties of the last century, after the end of the market economy based on free competition. The state which was destined earlier for the role of a "night watchman", started to shape a certain mission consciousness for itself — in the more developed European countries and in North America as well. Max Weber established his social philosophy by connecting the formal and material characteristics of the then emerging public administration. He was helped in establishing his often criticized, but never really surpassed bureaucracy-theory by an analysis of Germany which seemed to have got rid of anarchy of production, applying more and more the rationality, organizing itself consciously, therefore showing monopolistic features. A generation earlier, in the "producer's society" of another great German social philosopher and economist, of a certain Karl Marx, outlined on the basis of a survey of the British conditions, state bureaucracy was scarcely mentioned, and if so, without exception in a negative way. In the age of monopolistic production Weber could already see an unbelievable increase in the role of institutions. It is especially true in relation to the organic system, which started consciously and rationalistically to rejuvenate itself at that time basing its legitimacy on the rule of impersonal regulations, its rationality on precisely formulated organic principles, such as the division of competence according to the tasks and clients, and what was eventually most important, on the establishment of an expert apparatus. Public administration just after the bourgeois revolutions still followed the philosophy of the police state. It considered its main task the maintenance of public order, the best tool for which was coercion. The state expected from its citizens first of all to die, if necessary, for their fatherland, moreover to be precise taxpayers, loyal and disciplined subjects. In the last third of the 19th century — not only in Hungary as it is claimed by historians doing research on the historical characteristic features of the central European region but also in more liberal America — a fashionable slogan appeared: the government

must become the motor of development and progress. In France the Fraycinet government in 1878 appropriated 5.4 billion francs from public funds for the construction of public roads and on this occasion the prime minister stated that the government should take over the management of the national savings programme as well.⁹ From this period public administration began to become a great-scale enterprise, with a basic principle of effectiveness — beside legality. Rearmament, the First World War, the elimination of the adverse consequences of the economic crisis between the two world wars, the Second World War, the recovery after the war brought about the further extension of the tasks of the state, especially those of public administration. This process has only short periods of interruption, such as the earlier mentioned neo-liberal, neo-conservative attempts, but the trend itself continues.

Of course, the dynamism of the process is different in the various regions of the world. It is obviously less in North America than in Western Europe and much less than in Central and East Europe. However, we ought to recognize that the high degree of paternalism, state intervention and bureaucratization of social processes which took place in the Central and Eastern European region, cannot be explained merely by the overwhelming nationalization of assets and the prevalence of totalitarian social management ideas.

In 1868 in Hungary the amount of state expenditure (in Pengő) was cca. 350 million. This sum had tripled by 1880, in 1913 it was eight times more, in 1938–39 — in a country which had shrunk to one-third of its original size — five times and in 1942 ten times more than the figure in 1868. The tasks of public administration — compared to 1868 — grew fifteenfold, the organic type of public administration (not the number of its units) grew fivefold. Typical of the data concerning the growth of personnel in public administration: the capital had more employees in 1935 than the whole Hungarian state had in 1868, during the period of Prime Minister Gyula Andrássy.¹⁰ If we continued any of the above growth trends in a linear way, even if this method has its problems because the basic units of comparison have changed both in their character and substance, we would see that in the last four decades — although growth continued — the pace has slowed. This is quite understandable as in certain fields — e.g. staff number — the increase cannot go beyond certain limits.

Although the growth process is unambiguous and obvious, the phenomenon itself is differently viewed and evaluated by the liberals and anti-liberals. The liberal political and legal literature — let me omit mentioning the exceptions and transitions — regards the strengthening of the state and that of public administration as dangerous for the values of individualism. E.g. Hayek presumes that the coercive power which can be exercised by the state endangers the spontaneity of society, therefore the state activities must be reduced to the minimum.¹¹ Among the multitude of conservative philosophies I would refer especially to the German view, because of its strong influence in Hungary. It considers the strengthening of the role of the state as essential for the accomplishment of general emancipation.¹² However, it is undoubtedly true that the political forces gaining political power became conservative without exception. Marxism, which is basically an anti-state ideology and regards the state as a temporary institution to be replaced by the communities of citizens mature enough to be self-governing, having become a state

philosophy built up a bureaucracy which completely overwhelmed civil society. On the other side we also can mention an example: in the USA the 'Reagan-policy' has realized its Grand Design, the concept of a "minimal state" in a way that the ratio of public sector employees after 8 years was slightly higher than at the beginning, but anyway some percent higher than in the self-declared etatist France.¹³ Political parties and their leaders when they get power, regardless of their earlier liberal past, very soon become convinced that public administration is essential in order to achieve their social aims. In this way the liberals and radicals become pragmatist conservatives. However, the spirit of our times pressures the conservative party leaders to hide their love for the state in the face public opinion. Today there is no statesman who declares so openly his love as De Gaulle did in January 1960 in front of the Conseil d'État: "France can be thankful for its existence only to the state. France can be maintained only by its state. Therefore there is nothing so important as the legitimacy of the institutions and operations of the state". A certain grimace of the fate and an unambiguous sign of the firmness of the French public administration is that two years later the Conseil d'État replied to this confession with only one vote against the majority in connection with the draft constitutional amendment which would transform the election of the President of the Republic according to De Gaulle's intentions.¹⁴

Thus public administration — although changed in its dimension — is still in its character basically the same as Weber described it 80–90 years ago. Even though many fundamental changes have happened since that time and so many plans have been formulated for its complete transformation. Think about the Soviet revolution which planned the most radical changes, the abolition of the full apparatus of state. Instead government and ministries were renamed for more than twenty years and the most complex and in staff the most numerous state administration was formed. Think about the hopes related to the proliferation of computers, the general use of informatics, the introduction of various administrative and financing technics. Contrary to expectations administration has not adapted itself to the logic of computers, but computer programs have accepted the rules of administration. Informatics has not only increased the speed of the decision-making process, but the degree of its uncontrollability, too, the budget which goes parallel with the programmed aims has minimized the chances of enforcing political interests, etc.

In 1988 the International Institute of Administrative Sciences arranged a conference in Budapest; the subject — what kind of public administration can be imagined without bureaucracy, i.e. different from the Weberian model? The preparatory committee in vain formulated the hypotheses as an initial point for reporters that the Weberian model of the bureaucratic type of public administration is a product of a certain period, i.e. of the industrial revolution, the social and technical revolutions which followed, formulated a new model which is not characterized by hierarchical organisational relations, a monopoly of the legitimate use of coercion, the alienation from the society. These presumptions were not accepted by anyone. It was generally accepted that profound changes cannot be expected from public administration in the future, either, only its performance will improve. It will be separated from the society in the future, too, because this results from its function, but its relation to the citizens will be more polite, more co-operative, its organic structure will be more refined, its decision-

making more reasonable, its staff more educated. That is: it will change so that it remains the same, unchanged.

3. The improvement in the organisation and technical resources of public administration is continuous, at the same time the means and methods of its social control remain virtually the same. Several experts called attention to this danger, even Weber concludes his bureaucracy-theory with the question whether society will be able to keep under control that Moloch without the expertise of which it cannot exist? The defensive armoury of social, political and legal means of control is today less satisfactory than it was in the period of the beginning of modern bureaucracy. Moreover, it has become also obvious that some means are not suitable for application on a societal scale. Due to the increasing technical level of public administration, the rapid changes in special knowledge and their constant extension, the exercise of direct democracy runs into difficulties which seem to be unsurpassable. The main functions of the representative organs remain the same: the limitation of the operational framework by law, the allocation of available funds through the budget, the appointment of and hearing reports from the heads of public administration. However, it is well known that without the government and its administration even the best prepared and most dedicated parliament is unable to fix the budget, formulate law, and if it tried, it would take years to correct its mistakes. Those attempts which have tried to counterbalance the professionalism of administration with a network of specialists working with representative bodies have mostly resulted in the fact that the elected representatives fall into an even more difficult situation in decision-making because of two-sided pressure from professional experts.

The results of the most spectacular reform attempt of the last decade, i.e. decentralization are also ambiguous. The transfer of decision-making powers to the lower levels of management started from the assumption that this way a larger section of the population can participate in the discussion of matters directly affecting it and take the necessary measures. The states of the Third World given their level of development, and burdened by tribal conflicts bring to mind the risk of local clashes developing into anarchy, if they take the 'wise advice' of the developed world and decentralize. They call attention to the advantages of centralization which appear in unification, more efficient use of resources and the possibility of implementing social programmes of great importance. Even in a large part of the developed world more and more critical voices can be heard against decentralization, the content of which is, by the way, not the same as interpreted in Hungary. In federal states, in the United States of America, Germany, and Austria, it means first of all an increase of the autonomy of the member states, of the provinces against the federal centres, while in unitary states it means a new distribution of the tasks of state and non-state organs in favour of the latter, but not in the least the transfer of administrative decision-making competence to the lowest level. Actual decentralization has happened only in those countries where the division of central tasks of direction was pressured by powerful compact ethnic, religious or regional communities, as for example in Belgium, Spain, Italy, and Canada. Nevertheless, decentralization has not become a dominant tendency of our times as some experts predicted earlier.¹⁵ Decentralization as a durable process became impossible due to the recognition also that in several cases it concealed the

elimination of the financial programmes of the central organs, their refusal to accept responsibility for social welfare tasks and these were the organs themselves involved which have recognized that they are not favoured by decentralization, but are the victims of it. It is quite another question that in specialized administration political democratisation does not endanger effectiveness at all. Therefore political decentralization has been separated from administrative decentralization even in those countries where, for the reasons mentioned above, decentralization has brought about concrete achievements.

For national administrations in Europe, hopefully soon in Hungary also, the greatest challenge will be — meaning at the same time and in some respects the subordination and emergence of professional control as well as the placing of all the problems treated here in a new dimension — European political and economic integration. We know that in Western Europe from 1992 a new era starts, however, the conditions necessary for the entry to a higher level of administrative integration have been available for years. The European Economic Community, the community of states based on the Treaty of Rome, consisting of 12 members, has already created the biggest and perhaps the most educated bureaucracy in the world. The executive organs in Brussels, the Council of Ministers and that of the Commission have 15 thousand employees, relying on the work of three hundred permanent committees. However, also the administrations of the member countries operate already today as exterior, supplementary organs of the Brussels Centre, i.e. in a certain meaning of the word they are already subordinated to the governmental organs of the Community, at least to the extent that the administrative agencies and courts of the member states are obliged to implement every measure, decision and directive of the Council of Ministers as well as those of the Commission. There are a lot of them. In 1987 alone, more than four thousand regulations, 4437 decisions and 63 directives were issued by the two executive organs.¹⁶ It is even more important that in the case of collision of the community and national (domestic) laws both the domestic executive and the judicial organs should apply the rules of the European Community. In this way the monopolistic place of national bureaucracies ceases to exist, they get into a competitive situation, under a professional control which did not exist earlier. However, their positions do not necessarily get weaker. On the one hand their dependence is growing, but they get rid of their subjection towards the national representative organs and politics on the other. The appearance of a supranational bureaucracy is the most important change in the modern history of administration and the co-operation of national and community administration may result in such power relations, too, for which even Western societies have not yet been prepared.

As regards Hungary, this country is not prepared for those tasks which go together with an association with the European Economic Community in respect of transforming public administration. I would mention only the most significant one: we virtually do not know the law of the Community, however, without this knowledge the economy, the financial sphere and the social welfare administration will not be able to take part in co-operation, either. Therefore we should use generous and willing foreign help not primarily for the popularisation of western national institutions, which are related to a certain period and cultural level, among our administrative experts, who actually know our own problems quite

well, but for the spreading of information about the European Community institutions and law.

4. Our parliamentary institutions quite obviously start out with the necessity of solving our social and political problems while accomplishing the reform of Hungarian public administration. The compulsion to act, the desire to improve political positions often make them forget that the change cannot be discretionary. Our possibilities are limited partly by our past, our administrative structure and culture are given. We cannot simply step over them. We cannot do that even when the transformation of organisation can be done seemingly without troubles, it is enough to rename the organ, the functions and positions, combine the various organs or cut the existing ones to pieces. This is a favorite method of those who are ignorant about the operations of public administration, a method which is an otherwise quite spectacular reform-imitation. However, the change which brings real results can be done only through the perfection of operations and through the training of those who do or manage administrative operations, i.e. through work, which requires a lot of time. But even this way we can move only in a very narrow framework. We should not forget that in the clock we mentioned at the beginning the national possibilities symbolize only the second hand, the rapid change of which makes even more conspicuous the virtual standstill of the minute hand. The public administration of Hungary was determined until 1950 by the changes taking place in the developed countries. Until then no Hungarian thinker, political party or party leader ever thought about the separation of the judiciary and public administration, when it was accomplished in France, Belgium and other countries according to the ideas of Montesquieu. But the same is true of the Hungarian municipal reforms in 1886, which were preceded by the Prussian provincial laws (1883) and the French communal laws (1884); the transformation of public service was done by the ministers of the Kálmán Tisza government referring to British and American examples (1883).¹⁷ The same was true in later times, too, after the First World War, with the difference that the example of American efficiency idea also took the lead supplementing the earlier aspects of legality. After the Second World War, as Hungary was placed in quite another geographic and political region, we changed models. The new model was characterized by the lack or pseudo-activity of democratic institutions and guarantee systems, as well as the complete absorption of politics and specialized administration. However, the survival of traditions, which rendered difficult the adaptation of the Western examples in the course of modernization at the end of the last century, in these days also helped the defence, at least in part, against the negative effects. The advantage of the often damned slowness of Hungarian public administration has come to light, even 40 years were not enough for it to become completely similar to the latest "example", the Soviet model. Due to its negligence and laziness it neglected to break ties with Europe. As I have already committed myself to the symbolism of clocks, let me follow this imperfect comparison: the global development of the industrial world symbolized by the hand of the clock very slightly but in a merciless way turned us, old and new models as well as eternal followers of models together, against the protests of everyone in the proper direction of time.

After that our task is only to discover the direction of the turn of this clock.

¹ *Mocsáry, Lajos*: Az állami közigazgatás (The State Administration). Singer & Wolfner, Budapest 1890, p. 284. In: A magyar közigazgatástudomány klasszikusai (The Classics of the Hungarian Science of Public Administration). Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1988, p. 27.

² *Weis, István*: Közigazgatásunk csődje (The Failure of our Public Administration). Budapest 1920. In: The Classics of the Hungarian Science of Public Administration. Ibid., p. 96.

³ *Bibó, István*: A magyar közigazgatásról (On Hungarian Public Administration). In: Válogatott tanulmányok (Selected Essays 1945–1949). Magvető, Budapest 1986, pp. 471–484.

⁴ *Crozier, Michel*: État modeste, État moderne. Éditions Fayard 1987, p. 16.

⁵ *Heady, Ferrel*: Public Administration. A Comparative Perspective. Marcel Dekker Inc., New York and Basel 1979, p. 429.

⁶ See in details: *Timsit, Gérard*: Administrations et États: étude comparée. PVF, Paris 1987, p. 40.

⁷ *Csizmadia, Andor*: Bürokrácia és közigazgatási reformok Magyarhonban (Bureaucracy and Public Administrative Reforms in Hungary). Gondolat Kiadó, Budapest 1979, p. 15. (Here he quoted *Pál Sennyey* who said that in Hungarian public administration Asian circumstances prevailed. This unjust and bombastic statement harmonized with the evaluation of that time in France about 1870.) About this latter see: *Burdeau, François*: Histoire de l'administration française. Montchrestien, Paris 1989, pp. 148 ff.

⁸ See *Quermonne, Jean-Louis*: L'appareil administratif de l'État. Éditions du Seuil, Paris 1991, p. 135.

⁹ *Burdeau, François*: Ibid., p. 109.

¹⁰ *Magyary, Zoltán*: Magyar közigazgatás (Hungarian Public Administration). Királyi Magyar Egyetemi Nyomda, Budapest 1942, pp. 67 ff.

¹¹ *Hayek, Friedrich*: Law, Legislation and Liberty. Routledge-Kegan Paul, London 1973–1979.

¹² See in details: Dictionnaire de la pensée politique. Hatier, Paris 1989, pp. 133 ff.

¹³ See: *Bodiguel, Jean-Luc, Rouban, Luc*: Le fonctionnaire détroné? Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1991, p. 143.

¹⁴ See: *Quermonne*: Ibid., p. 9.

¹⁵ *Walker, David B.*: La décentralisation: tendances récentes et prévisions dans une perspective gouvernementale comparative. Revue internationale des Sciences administratives, No. 1/1991, p. 148.

¹⁶ *Carnelutti, Alexandre*: L'administration française face à la règle communautaire. Revue française de l'Administration publique, 1988, Oct.–Dec. p. 523.

¹⁷ See: *Csizmadia, Andor*: A magyar közigazgatás fejlődése a XVIII. századtól a tanácsrendszer létrejöttéig (The Development of Hungarian Public Administration from the XVIIIth Century until the Appearance of the Council System). Akadémiai Kiadó, Budapest 1976, pp. 105–106; 161–162; 169 ff.

Problèmes d'administration en Pologne

JANUSZ ŁĘTOWSKI

1) Dans les années récentes, la vie de l'administration est devenue difficile. A mon avis, on peut considérer l'année 1988 comme date critique. Dans cette année-là, pour la première fois dans l'histoire des pays socialistes, on a été témoin de la chute des deux gouvernements (en Pologne et en Yougoslavie) qui avaient été obligés de démissionner, accusés de manque de dynamisme, d'incapacité et de lanternerie. L'image du pouvoir exercé d'une manière monolithique par les autorités politiques et administratives, du pouvoir toujours homogène, s'adressant au peuple d'une voix commune, a disparu. Les politiciens menacés ont refusé leur soutien à l'administration d'une façon assez démonstrative. Le principe de tripartition du pouvoir, rejeté jusqu'alors par l'idéologie, est revenu aux documents officiels. Il faut du temps pour apprécier à sa juste valeur ce phénomène intéressant et important dont nous sommes témoins. Le pays socialiste, le parti dirigeant, l'administration d'Etat et la juridiction — ces éléments fondamentaux pour l'organisation d'une société — essayent assez brusquement et même d'une manière démonstrative, changer leur image ainsi que le contenu et la caractère de leurs activités. Il est difficile de deviner quel sera le résultat de ces efforts. On ne sait pas si ce changement authentique et profond entraînera la modification de la qualité ou uniquement celle de l'image extérieure de cette organisation. On ne doute pas de la sincérité des intentions des réformateurs qui veulent effectuer la transformation au niveau de la qualité. La nécessité d'effectuer cette transformation est d'ailleurs le résultat des conditions objectives. Mais pour passer de la déclaration à la réalisation, il faut passer un long chemin difficile. De notre temps, le procès de gouverner et d'administrer consiste à régler continuellement des conflits beaucoup plus violents et compliqués qu'avant. C'est aussi la nécessité de prendre des décisions qui (on le sait d'avance) ne sont que des demi-mesures ou provoquent le mécontentement général. L'administration est condamnée à travailler dans l'atmosphère de malveillance et de la méfiance. Personne ne l'aide et l'on la rend coupable en cas d'échec.

2) A vrai dire, ce sont les fautes des générations passées des administrateurs qui coûtent cher aux administrations d'aujourd'hui. C'est un phénomène assez général qui n'est pas caractéristique uniquement pour la Pologne. Il y a une trentaine d'années, les idées parlant de l'interventionnisme d'Etat, du rôle de plus en plus important du gouvernement central, des importants projets gouvernemen-

taux d'aménagement des grands territoires, du besoin de plus grande efficacité des actions de l'administration, du rôle fondamental des grands programmes, d'un nouveau visage et du professionnalisme des fonctionnaires d'Etat, avaient de nombreux partisans. Ces idées ont fait leur apparition en Pologne un peu plus tard et fonctionnaient chez nous sous une forme caricaturale (ce qui est assez fréquent en Pologne). On a vécu une période d'euphorie administrative pour se rendre enfin compte du fait que les promesses n'ont pas été tenues. Mais ces beaux mots et ces projets extraordinaires étaient illusoires non seulement chez nous. Les gouvernements et les administrations dans de nombreux pays, malgré les grands mots, en agissant d'une façon « modernisée », n'étaient pas capables de créer un monde plus riche, plus amical, plus sûr, en un mot — un monde meilleur où les gens vivraient mieux. De nombreux dangers et menaces ont persisté et certains même ont augmenté (par exemple la dégradation de l'environnement). Dans cette situation, la réaction naturelle de la société éprouvant encore plus d'aversion vis-à-vis l'administration, était inévitable. On réclamait le contrôle plus efficace des activités des administrateurs qui n'ont pas tenu leurs promesses. Puisque les administrateurs ne voulaient pas ou ne savaient pas faire ce qu'ils promettaient si souvent, ils devaient renoncer au monopole dans le pouvoir et se rendre compte de la méfiance de la société qui les attendrait à chaque pas. La crise générale dans l'administration est bien réelle.

3) L'observation des tendances mondiales et des discussions des spécialistes du monde entier dans le domaine de l'administration, permet de constater quelles sont les idées principales au niveau de la transformation de l'administration. La tendance générale c'est bien sûr « la lutte contre la bureaucratie ». Cette idée n'a que des partisans, bien qu'il ne soit pas toujours claire quel est le sens exact de ces mots. Néanmoins, on peut noter quelques points définis :

— « moins de droit » — c'est-à-dire l'élargissement de la zone des activités libres accordée aux gens et l'augmentation de l'élasticité des prescriptions;

— « moins d'institutions » — c'est-à-dire l'aménagement des systèmes et des structures d'administration;

— « décentralisation » et « autogestion » — c'est-à-dire l'autonomie accordée (dans certains domaines) aux organisations sociales;

— « privatisation » (surtout dans l'économie et dans les services) — c'est-à-dire l'Etat se retire des certains domaines de la vie publique.

On écoute ces idées avec le même espoir qu'il y a trente ans on écoutait les promesses dont je viens de parler. Probablement, on n'arrivera pas à les réaliser toutes, mais sans doute, certaines modifications seront faites. Aujourd'hui, nous sommes quand même plus avertis qu'hier. L'expérience des années passées nous a appris de traiter les actions successives des nouvelles générations des réformateurs avec plus de scepticisme et plus de distance. Il faut alors traiter les idées de « débureaucratisation totale », de « l'autogestion générale » ou de la « simplification radicale des opérations », même si on les accepte — plus calmement. En éliminant les défauts du système existant, il ne faut quand même pas penser à sa destruction totale si on n'est pas sûr de pouvoir le remplacer par un autre — réellement meilleur.

4) La stratégie et la tactique de la programmation, de la planification et de la réalisation des réformes dans l'administration, est devenu aujourd'hui une science

disposant d'une riche théorie et d'une large documentation. L'idée fondamentale de cette science réside dans la conviction que l'administration doit subir des modifications constantes et automatiques dans son système. Puisque le monde change, l'administration, elle aussi, doit constamment changer. Mais en exprimant la volonté des changements on est encore loin de préciser les domaines à modifier et la nature de ces modifications. On continue à croire naïvement que « les gens de bonne volonté » sont capables de trouver les solutions « justes » à condition d'avoir les informations complètes, puisqu'ils disposent des connaissances et des moyens leur permettant de décider ce qui est « juste » dans la situation concrète. Il faut seulement éliminer les obstacles gênant leurs activités. La façon de raisonner ainsi est basée sur la conviction que les « autorités justes » sont capables d'améliorer la situation même si on ne peut pas la changer. C'est pour cela que les réformateurs du système d'administration réclament sans cesse le changement au niveau de la politique concernant les cadres. Ils demandent de faire entrer un nombre important « des gens nouveaux » ce qui permettrait de résoudre les problèmes d'une manière plus démocratique grâce à la création des « conseils sociaux » de toutes sortes. Mais le problème n'est pas aussi simple que l'on puisse le croire. L'administration contemporaine s'efforce continuellement de régler les conflits qui ont de plus en plus souvent le caractère objectif ce qui signifie que l'on ne peut pas en trouver une solution satisfaisante tout le monde. Il y aura toujours quelqu'un qui sera mécontent. Plus le problème sera réglé rapidement, plus le mécontent accusera l'administration et le droit d'agir en faveur de son adversaire. L'administration contemporaine trouve de plus en plus rarement les solutions que l'on pourrait considérer comme toujours bonnes et avantageuses. Une solution bonne et juste pour une personne, sera pour une autre injuste et illégale. Toutes les discussions doivent tenir compte de ce fait. Le temps d'administrer facilement, d'une manière autoritaire ne reviendra plus.

5) Puisque nous parlons des réformes comme d'une chose objectivement nécessaire, il faut faire encore une remarque. Le système de prévisions et de programmation des changements prévus ainsi que la publicité concernant ces modifications se concentre, depuis des années, presque uniquement sur ses côtés positifs en négligeant ses côtés douteux et même inévitablement négatifs. Cette pratique persiste sur de divers échelons. Les projets des réformes successives sont présentés ainsi aux dirigeants politiques par leurs auteurs qui essayent ensuite de les populariser dans la société par des méthodes pareilles. Comme nous l'avons déjà dit, aucun système contemporain de gouverner (indépendamment du régime constitutionnel respectif d'un Etat) ne trouve pas et objectivement ne peut pas trouver uniquement de bonnes solutions. Dans chaque solution il existe de bons côtés et ceux qui sont même négatifs. Et ceci concerne aussi bien les institutions politiques, économiques (la réforme économique peut servir d'exemple) que celles juridiques (les nouvelles lois sont très nombreuses). Les média les présentent au grand public avec enthousiasme, en éveillant des espoirs dans la société, pour changer ou modifier ensuite les solutions qui, en pratique, n'étaient qu'un échec. On pourrait probablement éviter ce genre de défaite politique en procédant plus calmement et prudemment. Puisque cette méthode de la « vente » optimiste des projets des réformes et des changements est pratiquée sans cesse depuis des années, il paraît juste d'obliger absolument tous les auteurs des projets des réformes

et des modifications de présenter leurs propositions accompagnées nécessairement d'informations sur leurs points faibles et sur les risques d'un échec éventuel. Et au niveau de la programmation des recherches scientifiques futurs concernant le système gouvernemental, il faut sans doute prévoir la promotion des recherches sur ce que l'on pourrait appeler provisoirement « la lathologie » (du mot grec « lathos » signifiant « faute ») qui se pencherait sur les erreurs, les manques et les défauts d'un système gouvernemental au niveau de la politique, de l'organisation, de la législation, de la praxéologie, du personnel etc. C'est une science qui paraît fondamentale parmi les « sciences de l'avenir » et dont l'absence est aujourd'hui fort ressentie.

6) Il arrive d'ailleurs que certaines solutions applaudies dans leur version écrite une fois, confrontées avec la réalité, donnent un résultat décevant. Il est inutile de rappeler la majorité des voix positives exagérée, lors du référendum polonais en novembre 1987, ce qui a eu l'influence défavorable sur la réussite de toute l'opération. On peut citer comme exemple l'optimisme mélangé avec le libéralisme naïf des auteurs du projet de loi sur l'arbitre des droits civiques qui proposaient de renoncer au contrôle préliminaire des plaintes et des demandes déposées, même au contrôle pratiqué dans les pays plus riches et qui se déclarent plus libéraux et démocrates que la Pologne. Les effets de ce principe ne se sont pas fait attendre longtemps: l'arbitre des droits civiques a été inondé de lettres (50 mille environ au cours de la première année — ce qui est le record mondial). La plupart de ces lettres contiennent toute sorte de prétentions, et le personnel peu nombreux de cette institution ne pourra même pas les lire dans un délai relativement acceptable. Cette loi ne fut faite que pour la montre et la déception, au moins partielle, est inévitable. On peut ajouter que la conception pareille de la plainte persistant, depuis des années dans la législation polonaise, a provoqué l'autonégation et l'autostérilisation. La réalité prouve qu'une plainte est un moyen sans importance, abusé par le public et méprisé par l'administration. Mais on aime tellement les illusions que pendant la réforme du Code de procédure administrative, on n'a même pas pensé à réformer ce moyen pour ne pas être accusé de violer « les acquis démocratiques » de la législation polonaise. Dans plusieurs pays, les théoriciens trouvent depuis longtemps, que certaines institutions juridiques ont uniquement une importance symbolique et rituelle, ce qui permet de les considérer comme des reliques de la pensée magique — l'héritage des peuples primitifs. A mon avis, la conception polonaise de la plainte fait partie de ces institutions. La liste d'exemples que l'on pourrait citer est longue.

7) Le devoir fondamental socio-politique du gouvernement et de l'administration en Pologne est d'assurer le sens de sécurité aux citoyens. L'administration (et le gouvernement) qui remplit mal cette tâche ou ne le fait pas du tout, doit être consciente qu'elle sera obligée de s'en aller et de céder sa place à une autre. Il faut assurer aux citoyens le présent et l'avenir sûrs, c'est-à-dire: un travail, un logement, une formation, la protection de la santé, un approvisionnement (production et commerce), le loisir, la culture etc. Depuis des années, la société est convaincue que ces biens sont constants et donnés une fois pour toutes. Bien que l'administration d'aujourd'hui fasse des efforts afin de modifier ce raisonnement (la réforme économique et les idées de « l'autogestion » servent entre autres à persuader les citoyens qu'ils sont eux-mêmes responsables de leur sort) il faut dire qu'elle n'arrive pas à le faire. Les conséquences de cette situation sont plus profondes que l'on puisse le

croire à première vue car aujourd'hui on ne peut pas séparer la politique et l'économie. Au bout de 40 ans de l'existence de la Pologne Populaire aucune « autonomie » ne peut pas servir de remède contre un comportement général pareil. La sensation de la sécurité des citoyens est une condition nécessaire pour l'existence d'un pays et d'une administration.

8) Nous pouvons observer une tendance générale à ne pas faire confiance à l'Etat comme organisme appelé à organiser et administrer. La forme la plus radicale de cette tendance se manifeste par les appels à la destruction totale de cet organisme qui serait remplacé ensuite par les organisations autonomes telles que les autonomies locales, les associations etc. Tout cela en espérant que « ça ira mieux ». Cette philosophie est basée sur la conviction que l'accès aux biens désirés sera rendu plus facile. Bien sûr ce ne sont que des illusions. Dans le monde contemporain, le pouvoir central prête son appui et fait la promotion de toute autonomie, en général pour se libérer d'une responsabilité quand il s'agit des problèmes qu'il ne sait pas résoudre lui-même (par exemple en France). Alors, il y a plutôt la question de partager les ennuis que les privilèges. Par conséquent, l'autonomie, au lieu de devenir la façon plus simple d'administrer, complique ce processus et le rend plus difficile. Les organisations autonomes tendent d'une façon naturelle (et c'est le risque de déformer le sens de l'autonomie) à se transformer en groupes d'intérêt dont le but principal d'exister consiste à réclamer la participation au partage « des biens » appartenant au centre et à lutter contre les concurrents qui réclament la même chose. En effet, le système d'administration autonome devient une nouvelle source de conflits, car l'inégalité est sa conséquence naturelle. Une voivodie disposera d'un meilleur hôpital, une autre d'un théâtre, la troisième — d'une université, la quatrième — de meilleures routes, la cinquième enfin — des magasins mieux remplis de marchandises. Et en principe, le profit pour l'un signifie la perte pour l'autre qui viendra protester et réclamer auprès des autorités centrales de « mettre fin aux envies déchaînées » de l'autre. On a déjà été témoin des situations pareilles.

Il y a lieu de faire encore une remarque concernant le développement de la conception de l'autonomie et les droits de l'individu. Aujourd'hui « la protection d'un sujet contre les détournements des autorités » signifie la protection d'un individu contre l'ingérence de l'appareil de l'Etat. Mais il faut assurer la même protection à un individu contre les malversations des autres citoyens surtout quand ceux-ci sont organisés. Il faut en tenir compte là où les groupes, même peu nombreux peuvent devenir « autonomes et indépendants » pour décider de l'accès d'un individu aux prestations essentielles pour son existence (aussi dans l'économie). Quelqu'un avait raison de dire qu'un voisin, un copin de travail ou un membre de la même organisation est capable de limiter avec plus d'ardeur les droits d'un individu qu'une autorité centrale la plus tyrannique. Ceci rend nécessaires les corrections dans le système de contrôle au niveau du droit et de la légalité.

Il ne faut pas penser que ces affirmations font preuve de l'aversion pour la décentralisation, les tendances égalitaires et le développement de l'autogestion. Je ne veux pas dire que c'est à l'échelon central que toutes les décisions doivent être prises. Ce serait absurde et irréal. Il s'agit uniquement de constater qu'il n'est pas possible de faire la division idéal des compétences et des tâches entre les organes du pouvoir, ceux de l'administration et les autonomies. Chaque système a ses

propres défauts et ses qualités à lui. Il n'existe aucun système qui serait applaudi par tout le monde, chacun provoquera des protestations et des conflits, chacun vieillira et gênera le progrès. Le monde contemporain ne connaît aucun système d'administration ni économique qui soit absolument « sain ». Chaque système a ses maladies et ses faiblesses. Aujourd'hui, le plus souvent nous devons choisir entre une maladie acceptable et celle qui nous paraît plus grave et plus douloureuse.

9) Je crois, et ceci résulte des remarques faites, qu'il serait justifié de proposer des transformations fondamentales et des réformes dans le système structurel des organes d'administration. Il y a sans doute des corrections à effectuer (par exemple dans le système de la subdivision territoriale) mais il faut le faire prudemment et lentement. On peut faire la même constatation en ce qui concerne le système de contrôle de l'administration qui s'est fixé chez nous. Il contrôle presque tous les éléments institutionnels connus dans les systèmes les plus développés des nations civilisées. Il faut évidemment baser les compétences du tribunal administratif sur la formule de la clause générale. C'est le principe dont personne ne doute aujourd'hui. Je crois que l'étape qui nous attend est plus difficile, plus complexe et plus compliquée. C'est avant tout la période des transformations au niveau des activités pratiques des organes de l'administration d'Etat, la période de la création d'un nouveau sens dans les relations entre un citoyen et l'Etat, la période du changement de l'atmosphère dans les règlements des conflits. En un mot — au lieu de penser aux formes il faut penser au contenu. Ceci concerne aussi le domaine qui est difficile à changer et à transformer — celui de la pensée humaine. La loi n'est pas impuissant dans ce domaine bien que son influence ne soit pas aussi rapide et catégorique que dans le domaine des changements formels et institutionnels. Elle agit lentement et non sans difficultés, mais les transformations une fois faites se fixent dans la conscience de l'homme pour ensuite fonctionner presque automatiquement.

Pour atteindre ce but, il faudrait créer et adopter comme principe fondamental dans le droit administratif et dans la pratique d'administrer, le principe de confiance dans les relations entre le pouvoir et le citoyen. On en parle aujourd'hui plus souvent, aussi dans les interventions officielles. Ce principe comporte deux problèmes. Premièrement, il s'agit d'une situation où une disposition juridique, une décision administrative ou un autre acte des organes de l'administration d'Etat ne fait pas son apparition comme quelque chose qu'aucun homme raisonnable ne pouvait pas prévoir, mais comme résultat logique et naturel des processus d'administrer dans un pays bien gouverné. Deuxièmement, il faudrait qu'une règle se fixe qui prévoit qu'un citoyen dont les actions prouvent de la confiance aux organes du pouvoir d'Etat et de l'administration, ne puisse pas être exposé, à ce titre, à un dommage matériel ou autre et lorsqu'une situation pareille se présente qu'elle soit vite et honnêtement réparée. La généralisation et l'application de ce principe pourrait jouer un rôle créateur important.

10) Il serait superflu de convaincre quelqu'un que la transparence dans la gestion est aujourd'hui un des principes politiques essentiels du régime. De nombreux militants en parlent aujourd'hui tout le temps. La notion de la transparence signifie entre autre que les administrateurs sont tenus de fournir au public l'information la plus complète possible sur les motifs, les buts et les méthodes appliquées par les organes de l'Etat. Evidemment il ne s'agit pas ici de la transparence ni de l'information pour elles-mêmes. Ces deux éléments doivent servir au public pour

un contrôle plus complet de l'administration et en conséquence à limiter le pouvoir des administrateurs. Il s'agit en fin de compte de ce que l'administration cesse d'être la seule à décider, que la participation, la consultation et la collaboration deviennent plus fréquentes. En un mot — c'est la manifestation des tendances dont j'ai déjà parlé. Un appel à la plus grande transparence et à la meilleure information suppose que l'administration soit obligée de présenter ses objectifs et ses intentions d'une façon *compréhensible*. Ceci concerne aussi bien les projets pour l'avenir que chaque action séparée et chaque décision individuelle. Les méthodes pratiquées par les administrateurs polonais paraissent souvent inacceptables, elles permettent même de supposer que le baragouinage et manque de clarté dans la présentation des projets ne sont pas accidentels. On peut s'en servir pour se défendre en cas de contrôle. Ce phénomène est présent à tous les échelons. Les principes de la réforme économique ont été présentés au public d'une façon qui permet de penser qu'on ait fait un effort spécial pour qu'ils soient tout à fait incompréhensibles et qu'on n'en puisse tirer aucune conclusion. Les conséquences de ceci — comme on pouvait le voir — ont été lamentables. Les conseillers se plaignent que l'administration locale leur présente ses projets d'une façon hermétique et obscur. Depuis des années, les juges de la Cour Suprême Administrative se battent, en vain, avec les administrateurs pour les obliger de justifier convenablement leurs décisions. Ce fait est aussi significatif. Je voudrais faire ici deux remarques. La première: on trouve généralement que pendant des années, l'administration polonaise a pris l'habitude de fonctionner, plus ou moins bien, en pleine liberté. Elle n'avait jamais les mains liées. Son seul souci était de garder la bonne atmosphère de collaboration avec le parti. Actuellement, quand le contrôle devient, de plus en plus souvent, plus rigoureux, quand il faut bien justifier les décisions et tenir de plus en plus compte de l'avis des représentations, elle se perd souvent et devient même perplexe (il suffit d'observer les actions de certains représentants du centre aux procès devant le Tribunal Constitutionnel). C'est probablement aussi le problème que la jeune génération remplace la vieille. Ce que les représentants de la vieille génération des administrateurs considèrent comme malheur, ennui, ingérence des « facteurs extérieurs », sera pour les jeunes une situation normale.

Et la deuxième remarque: Le monde entier vit actuellement une crise au niveau des méthodes de planification et d'élaboration des pronostics. Les changements des circonstances sont si rapides que les pronostics et les projets les mieux préparés peuvent très rapidement perdre leur valeur. Alors, à mon avis, l'administration future se trouvera dans l'obligation d'expliquer plus précisément au public qu'on ne peut pas préparer les pronostics et les projets sans courir le risque de ne pas les réaliser et que leur réalisation dépend de plusieurs facteurs que l'on ne peut pas toujours prévoir. Actuellement, on trouve que les seuls responsables d'échec d'une entreprise sont les administrateurs concrets que l'on accuse de négligence. Leur faute est possible mais non évident. Ce sont les hauts fonctionnaires d'Etat (par exemple les ministres) qui doivent assumer la responsabilité (ayant souvent le caractère politique) de l'insuccès des beaux desseins, cette responsabilité contenant les éléments symboliques satisfaisant l'opinion publique. Dans l'administration cette responsabilité devrait être différenciée. Elle est un des éléments qui contribuent à la plus grande transparence dans la politique et la gestion.

11) Actuellement, nous pouvons observer le processus lent mais distinct de la

création d'une nouvelle image des droits des citoyens. La situation où les administrations ne peuvent pas violer les droits individuels d'un citoyen (ou plutôt où on dispose des moyens de contrôle suffisants pour le rendre impossible) — c'est aujourd'hui le minimum qui doit être nécessairement respecté. Mais ce n'est pas une condition unique. Un citoyen se pose aujourd'hui des questions un peu différents: qu'est-ce que je peux réclamer à l'Etat? Quelle est la base juridique de ma demande, qui est tenu de satisfaire à ma demande? Comment et quand sera-t-elle réalisée? Ce genre de comportement, justifié d'ailleurs par la politique et des anciennes lois, est aujourd'hui très général et on ne peut ni le changer ni faire semblant de ne pas le voir. On arrive parfois à retarder la réponse mais c'est par là commencent les échecs politiques. Et la réponse: «vous avez le droit à quelque chose mais vous ne l'aurez pas puisqu'il n'y en a pas assez pour tout le monde», est insuffisante pour tous et prouve l'incapacité du pouvoir et de l'administration. Les théoriciens ont aperçu, il y a déjà longtemps, que la notion de la justice est aujourd'hui bien différente de celle qu'on trouve dans les manuels anciens. Le sens de la notion «droits civiques», comme nous l'avons déjà dit, a également changé, car depuis longtemps on a dépassé son contenu classique c'est-à-dire la défense d'un citoyen contre l'abus de pouvoir. Il faut en tenir compte dans l'avenir.

Cette situation provoque les transformations essentielles dans la perception des dispositions du droit administratif par la société. La présence plus marquée des normes procédurales est le résultat du fait que l'Etat se trouve dans l'impossibilité de satisfaire à toutes les demandes. Quand il manque les marchandises, nous observons la création automatique de la «loi de queue» (basée sur le droit coutumier) qui décide du mode de s'inscrire sur la liste des clients, sur le temps qu'un client doit passer personnellement dans la queue et qui peut le remplacer, pour combien de temps etc. Cette «norme sociale» ne prévoit qu'une sanction — l'expulsion de la queue et il n'existe aucune possibilité de recours, il n'y a aucun contrôle. Je suppose que c'est un phénomène fascinant pour les théoriciens du droit.

Nous observons un développement pareil des normes procédurales dans le domaine du droit positif (créé par les organes de l'Etat). Il suffit de rappeler plusieurs «normes» déterminant la procédure d'accès aux biens recherchés et difficilement accessibles, surtout les moyens de production agricole. C'est un problème intéressant pour les chercheurs. Du point de vue politique, il faut constater qu'il est nécessaire d'uniformiser les règles concernant la façon d'agir dans de situations pareilles, car leur absence provoque l'apparition de l'anarchie, du droit du plus fort et de la corruption. Je crois qu'il faudra analyser ces problèmes dans le plus proche avenir.

12) Un des principes fondamentaux du droit administratif classique est la neutralité des organes de l'administration, surtout vis-à-vis les citoyens comme personnes physiques. Ce n'est que le droit (et non pas les émotions) qui doit être à la base des rapports de ces organes avec les citoyens. On a appelé ce principe «principe de la neutralité légaliste». A vrai dire, on n'a jamais su le réaliser entièrement, et aujourd'hui, les chances réelles de le faire sont plus petites que jamais (et peut-être ai-je tort?). L'administration contient deux éléments; l'un c'est le droit, et l'autre c'est la politique (il ne s'agit pas seulement de la politique gouvernementale mais des politiques locales). En plus, les théoriciens ne cachent

pas le fait que l'administration n'emploie pas d'automates mais des hommes qui dans leur mentalité ne sont pas capables de rester neutres malgré leur bonne volonté. Il y a des personnes, des choses et des situations qui inspirent la sympathie et y en a qui dégoûtent. Il y a bien sûr aussi des sentiments plus modérés. C'est un élément que l'on ne peut pas éviter dans l'administration. Il échappe à tout le contrôle formel, légaliste, à partir du contrôle judiciaire. Mais il est saisissable (au moins partiellement) pour le contrôle de caractère politique ou pour l'arbitre des droits civiques. Mais c'est un autre contrôle, au niveau de la qualité, et c'est un autre problème. Ceci dit, on peut constater que c'est une tendance actuelle de passer du contrôle des activités d'un organe (de ses décisions) au contrôle du comportement d'un fonctionnaire (y compris son attitude personnelle). Il est difficile de formaliser ce genre de contrôle, d'élaborer les régimes procéduraux des normes juridiques. Chez nous, comme dans beaucoup d'autres pays, on fait de nombreux expériences afin d'atteindre ce but. Il faut s'attendre au développement de cette idée dans l'avenir. Il est évident que cette question est étroitement liée au problème de recrutement.

13) On ne peut pas discuter de l'avenir de l'administration en Pologne sans traiter le problème de son effectif. C'est une question qui reste toujours très compliquée. Généralement, les citoyens (dont la conscience est volontiers stimulée par les médias) sont persuadés que ce sont les fonctionnaires qui freinent les transformations positives du système polonais d'administration, et surtout la façon de penser de l'appareil administratif, conforme au principe: le maximum de privilèges pour ceux qui sont au pouvoir (y compris l'élément de la satisfaction purement psychique) et le minimum de responsabilité. On observe l'aversion générale pour les fonctionnaires mais aussi pour le gouvernement. Ce n'est que maintenant qu'on commence à faire des efforts pour changer, au moins partiellement, cet état des choses.

Les causes de cette situation sont si nombreuses qu'il est impossible de les présenter toutes. Au point de vue extérieur, l'effort fait dans ce domaine s'est avéré insuffisant. L'état des agents employés dans l'administration polonaise est misérable; l'administration ne peut pas entrer en concurrence avec des lieux de travail souvent plus attirants. Selon les statistiques officielles, dans les bureaux d'administration locale, un employé type (plus de 70%) c'est toujours une femme assez jeune, n'ayant aucune formation spéciale (baccalauréat, ou même pas), mariée, mère de famille qui ne compte ni à l'avancement professionnel ni social lié à son travail dans l'administration. Cette femme ne trouve pas dans le travail de «l'autoréalisation» que nous pouvons définir comme le minimum de satisfaction psychique. On peut d'ailleurs se demander s'il est possible de la trouver quand on exerce un métier dépourvu de prestige et de respect du public et du gouvernement.

On peut supposer que l'administration future sera obligée d'adopter un système de politique de personnel, appelé aujourd'hui système japonais. On pourrait l'appeler le système de Lénine car c'était lui qui le pratiquait dans le parti. Il est basé sur les recommandations strictement personnelles aux postes dans l'administration et sur la responsabilité morale de la personne qui recommande.

Nous avons déjà dit que la transparence des décisions est une tendance dans l'administration contemporaine. La formule «décision conforme à la loi» ne satisfait aujourd'hui personne, ni les intéressés, ni les groupes de la société, ni le

tribunal administratif. De plus en plus souvent il fait justifier le choix d'une solution parmi plusieurs solutions possibles. Aujourd'hui, il n'y a pas beaucoup d'agents administratifs en bas de l'échelle qui oseraient de décider tous seuls de l'attribution d'un appartement. Ils se cacheraient volontiers derrière une disposition juridique, les directives de leurs supérieurs, ou les décisions d'une commission sociale. Cette situation a ses bons et ses mauvais côtés. Son bon côté est sans doute la « socialisation » de l'administration. Son côté plus faible c'est que l'administration prend l'habitude de chercher des justifications de toutes ses actions. Il faut en tenir compte non seulement dans le choix d'un politique de personnel mais aussi dans la gestion de l'administration. « Tout dépend des cadres » disait Lénine et il avait raison. Les cadres formés aujourd'hui pour l'administration décideront de son image de demain. C'est aussi un des problèmes fondamentaux. Le fonctionnaire polonais de demain ne pourra pas acquérir de l'autorité en se cachant derrière les dispositions juridiques, les représentations et les organisations sociales. Ce sont ses propres qualités qui lui assureront le prestige. Il devra faire preuve de ses traits de caractère et de son comportement rappelant le système traditionnel des valeurs éthiques et morales (l'honnêteté, le rejet des privilèges — mal vus par la société, l'impartialité démonstrative etc.). Ensuite — le professionnalisme qui reste une qualité indiscutable même aujourd'hui quand on critique sans cesse toutes les autorités. Enfin, un fonctionnaire doit savoir bien gérer les biens de la société. Et la dernière qualité c'est l'esprit de la collaboration ouverte, convaincante et effective avec le public. Tout ceci est le résultat des tendances générales dans le développement de la société et de la nécessité de modifier la position de l'administration dans l'Etat.

14) Encore une question, liée avec ce problème, qui est peut-être moins importante que ceux qui précèdent mais dont je voudrais aussi parler. Certains auteurs attirent l'attention sur le fait que la culture devient à la mode partout dans le monde. L'époque de l'adoration pour toutes sortes de la culture « ouvrière » y compris la grossièreté vulgaire provoquant parfois les dénaturations caricaturales (malheureusement chez nous aussi) appartient déjà au passé. On fait des efforts pour revenir, au moins partiellement aux choses nobles, élégantes, raffinées, même si elles sont plus coûteuses et ne sont pas accessibles pour tout le monde. Teilhard de Chardin a bien aperçu que le Créateur agit en rond, comme une vis, et ceci concerne aussi les émotions et les opinions humaines. Probablement, il serait profitable que cette tendance de « faire la culture » soit présente dans l'administration. Il faut remarquer que le droit administratif et le développement des sciences administratives peuvent stimuler les comportements des agents de l'administration et des administrés non seulement par l'application directe des ordres et des interdictions, mais aussi grâce à la création d'une certaine atmosphère présente dans les actions et le comportement de deux côtés du bureau, grâce à la nouvelle manière de penser sur l'administration et sur ses devoirs dans la société. Bien sûr, une seule disposition n'est pas capable de résoudre tous ces problèmes. En plus la résolution de ces problèmes demande certains sacrifices. Il est difficile de s'imaginer, malgré tout, qu'on puisse obliger un fonctionnaire culturel, sûr de son professionnalisme, de son érudition et de sa position, de coqueter sans cesse le public surtout un public agressif, ayant des innombrables prétentions. C'est le genre de public qui nous entoure actuellement. C'est un conflit objectif et concret qu'il faut régler d'une

manière raisonnable. Il y a deux solutions: ou bien on adopte le principe « telle société tel employé » ou bien un autre « l'employé représentant l'Etat doit éduquer le public ». Il est certain qu'à l'époque actuelle on ne peut pas adopter ces deux tendances à la fois si on ne veut pas avoir, comme jusqu'à maintenant, les employés faibles, mal formés et en conséquence agressifs puisque agissant selon l'idée de la « lutte contre l'élitisme ». Chaque formation, vraiment professionnelle ainsi que la science dépassant les limites de la médiocrité (à vrai dire ce n'est que la base de la culture personnelle) contient les éléments de l'élitisme. Il est certain que le problème ne disparaîtra pas si, comme jusqu'à maintenant, on fera semblant qu'il n'existe pas.

15) Les constatations que j'ai faites peuvent être résumées comme suit:

a) il ne faut pas tenter de transformer radicalement le système d'organisation de l'administration. Les « tremblements de terre » dans ce domaine sont inutiles. Les corrections doivent être faites lentement et raisonnablement,

b) la procédure adoptée pour effectuer les changements est d'une grande importance. Il faut présenter clairement les profits possibles mais aussi les effets négatifs, informer franchement sur les risques,

c) dans les conditions actuelles, il est objectivement nécessaire d'élargir l'auto-gestion. Il ne faut quand même pas se faire de telles illusions que ce soit un remède magique contre toutes les maladies possibles du système d'administration qui n'est pas parfait, qui a ses faiblesses comme chaque système surtout dans un pays pauvre,

d) nous sommes arrivés à créer un bon système complet des organes appelés à contrôler des activités de l'administration. Il faut quand même baser les compétences de la juridiction administrative sur la clause générale (le contrôle de toutes les décisions, à quelques exceptions près),

e) les relations de l'administration avec les citoyens doivent être basées sur la confiance, ce principe étant légalement formulé. Ce principe contient aussi les éléments du domaine de la morale, par exemple: l'administration ne ment jamais, elle tient sa parole,

f) dans le droit administratif il faut essayer de diminuer le nombre des dispositions, les uniformiser, les simplifier; il faut créer les principes claires du fonctionnement des organes d'administration,

g) il faut tenter d'augmenter la transparence et la clarté des activités de l'administration,

h) il faut faire un effort afin d'élaborer les règles générales à observer dans toutes les relations entre les citoyens et l'administration. Il s'agit surtout de

- préciser clairement les compétences,
- fixer le système de deux instances pour toutes les décisions,
- assurer à l'intéressé le plus de transparence possible,
- motiver honnêtement les décisions prises,
- assurer le contrôle judiciaire complet,

i) il faut prévoir des initiatives radicales au niveau de la politique de personnel dans l'administration. L'augmentation du professionnalisme, du prestige et de la position du fonctionnaire selon la règle « tel Etat tels fonctionnaires ».

A mon avis, pendant les travaux de préparation du projet de la nouvelle

Constitution, il faudrait prévoir que certaines des règles citées (et certaines autres) deviennent principes de caractère constitutionnel. Je pense ici aux principes des droits subjectifs d'un individu dans ses relations avec l'Etat; le principe de la transparence des activités de l'administration; le principe de la confiance; le principe de la stabilité des droits acquis; le principe de récompenser (par l'Etat) les pertes causées par les actes et les actions du pouvoir; le principe de deux instances dans la prise des décisions; le principe de fournir la motivation essentielle et juridique de toute décision; le principe de contrôle universel et judiciaire des activités de l'administration. On pourrait continuer cette liste en ajoutant par exemple le principe de la neutralité légaliste dans le fonctionnement des offices, d'ajouter à la Constitution l'ensemble du système de contrôle de la légalité des activités du pouvoir et de l'administration en Pologne. Mais je pense que l'on pourra discuter ces problèmes plus tard.

Constitution — Government — Economy

LAJOS FICZERE

The urgent need for the renewal of our social and economic life, the requirement to enlarge and deepen the reform process, the sharpening of the undoubtedly present contradictions in our economic life, the unsatisfactory level of productivity in the economy, or even recession in past years bring the effectiveness of government economic activities into focus. Moreover, the institutional system, the means and methods of management are also brought into increased prominence. Of course, the updating and renewal of government economic management has several components. Without claiming to be complete we may refer to the fact that, e.g. government economic management as a part of the government management generally is closely related to the political system, and its operation, furthermore, it is a natural component of the management system of the economy. In addition, it is connected with the operation of the state institutions, especially the operational mechanism of public administration. Due to the nature of the matters there are very close, or even direct relations between government economic management and economic policy, especially its strategic elements. For this reason the outlining of the tasks and functions of government economic management, the determination of its content, tasks and functions and those means and methods which serve the attainment of the tasks cannot be done in an abstract way, without examining the points of connection through which government economic management is integrated into the system of social management, and related indirectly to its various sub-systems.

Here we do not consider to be our task to survey the distinctive features and integration points of government economic management in a comprehensive and detailed way. While considering this approach we primarily seek the answers to recent problems, how the sphere and substance of government economic management activity should be changed, in which direction it should turn regarding long-range development needs, how the tool system and institutional structure should be altered. It is obvious that this question cannot be answered without the evaluation of the role of the state in the market economy and a survey of the basic institutions of economic constitutionality.

Which are the main spheres and most important fields of state influence in the market economy model? While we seek the answer to this question, we have to examine: what kind of relationship exists between state influence on economic processes on the one hand, and the self-regulating mechanisms of the market on the other? From a purely theoretical viewpoint state influence and its relation to market self-regulation can involve several theoretical models. The substance of the first model is the recognition of the comprehensive, almost exclusive role of the market-self-regulation system. This is the concept of the *classic* market economy model, which starts from the point that the state does not possess any influence on economic life, furthermore, it should not intervene at all, because economic life is exclusively determined by market impulses. The second view is exactly the opposite of the first one, its substance is that the state plays a decisive role in influencing economic processes, therefore the role of the market regulative mechanisms is almost negligible. As we know, this view is closely related to the etatist view of the state and is based on the exclusive and monopolistic position of state property in the economy. It is also a well-known fact that this view took shape in the dictatorial, central plan-directed system. It puts full state guidance of the economy against the 'market' view of the economy. As practical experience shows, this etatist view of the state's role has actually suffered a historical defeat, it proved to be a dead-end street indeed.

The third viewpoint, which is used to be called the *dualist* concept, starts out from the fact that the state cannot be excluded from influencing economic development, although market mechanisms, coming from the self-regulation of the economy, have the decisive role. Therefore, according to this view, economic life is influenced by both the state and the market. Depending on which roles are attributed to the different regulative mechanisms, these views and concepts also strongly differ from each other. We have to mention that in the modern market economy these concepts could be taken as the most widely accepted ones.

Now the question emerges: how can the relationship between the market and state influence be changed? The answer to the question requires a survey of those fields where the role of the state and the possibility as well as the necessity of applying the influence of the state appear. Nevertheless, before surveying the actual fields we have to call attention to the fact that there is no market economy model which can be applied to every country. Historical tradition, state structure, economic structure etc. of the various countries are all factors, which should be considered when surveying the relationship between state influence and market mechanisms.

In the market economy model the sphere of state influence, despite the differences, can be outlined with more or less general prevalence. This can be ascertained even in the case when this general statement is a sort of simplification, consequently the picture is much more difficult and complex. Furthermore, we have to mention that while naming the various spheres and fields, we generally mean the system of state influence, although we have to add: the influencing activity of the state is realized primarily through the governmental and public administration system. In this way the influence spheres of the state in the economy

are more or less the spheres of governmental or public administrative influence, too.

a) In the market economy model one main field and central aspect of state influence is the *global influence of economic processes* through the determination of the state economic policy, its basic aims and priorities. This global influence takes shape primarily by furthering economic development and fixing the main directions of it. In this process the *investment* policy acquires an important role, moreover, those means and methods have a significant role which are related to technical development and technology policies. Naturally the international distribution of labour and the foreign trade system also have an important influence on the development of the national economic policy. In this sphere the role of the economic integration has particular importance as those general economic-political, especially trade policy problems which earlier were the concern of national politics, are now transferred more and more to the competence of common institutions of economic integration. Furthermore, the economic integration process generally means political integration, too, which requires the co-ordination and harmonization of economic-political aims and plans which previously were the concern of national governments.

b) One of the very important tools of state influence on the economy is the *legal regulation* of economic activity, of the managerial behavior. The role of the law in shaping the economic processes comprises a very complex and multiple sphere of problems, the detailed examination of which would require another paper. Here we will merely call attention to the fact that in the market economy model the legal regulation of the economic sphere has multiple functions. Among them the legal determination of the market behavior of entrepreneurs and their organizations, and moreover, the correction of spontaneous processes due to the self-regulative nature of the economy are of particular importance. The operation of the law of the market and, consequently the maintenance of competitive conditions are regulated by a special organ, namely the cartel office.

As concerns the legal regulation of economic life we should mention especially the legislative and law-applying activity of the authorities which are related to the position of the state as a *public power*. It is known that the authorities influenced the economy even in the first period of capitalist development, moreover in this period this could be regarded as the main field of state influence on economy. The importance of the legislative and law-applying activity of the authority does not decrease in the later periods of the capitalist development either, quite the opposite: it gains parallel with the technical-technological development and becomes differentiated. Without claiming to be complete, we may mention that official, authoritative activity is as follows:

— Naturally, in respect of economy there also exists the kind of authoritative activity which can be characterized as *general* authoritative activity. This type of authoritative activity includes not only the economic sphere, but generally other spheres of activity, too, where the protection of a given public interest justifies the application of authoritative means. This sphere includes, e.g., public health control, building regulations, etc.

— The next main field of authoritative activity is the effective upholding and supervision of *legal* requirements in the sphere of economic venture. This activity

is realized in every form of economic venture, although in the actual organizational-institutional solutions differences also appear according to property types. This type of legal control is conducted by the court system, even if the role of public administrative organs cannot be ignored, either.

— A special field of authoritative activity is the *application of law* related to the application of material law rules concerning economic-entrepreneur activities. The characteristic feature of this law application activity is that it operates in a predetermined procedural order, more exactly, in the framework of an official procedure regulated by public administrative law.

— Finally, we have to mention that as concerns the economic life authoritative activity is closely related to the application of monetary and fiscal means, more exactly, to the application of the given — primarily financial law — material rules. In connection with this, first of all we will mention such institutions as the institutions of taxation and customs and the authoritative control activities related to them.

In the market economy model the legal settlement of foreign economic activities, including foreign trade activities is part of the legal regulation of the economy. The main aim of regulation in this field is the protection of national economic interests and the realisation of foreign trade objects.

c) The next role of the state in the economy is the influence on the economic-entrepreneur activity by way of economic initiatives and incentives as well as economic regulations. The substance of these means is that they primarily aim at the shaping of the economic environment and this way they could be interpreted actually as indirect forms of influence. Among these forms state supports, customs and rate regulations etc. are of outstanding importance.

d) An important form of state influence on the economy is the *state venture*, i.e. state property. We have to note that in countries with market economy systems, especially from the beginning of this century, the role of the state sector shows an increasing tendency in some sectors and some countries, even if in various periods of development, due to reprivatization and deregulation, the extent of state property has also been changed. The appearance of the special entrepreneur function of the state in the economy and of the state property sector in economic life made it necessary that in the state structure the state property sector, the state organisation which takes care of property should be separated from the classic public authorities of the state, more precisely, it has necessitated the creation of a state property agency.

e) The influence of state-given orders is certainly a special role-taking for the state in the economy. Such state orders are related to the fulfilment of the outer and even inner functions of the modern state in certain fields. Of course, the extent and structure of state orders are different in each country. However, military industrial orders and state orders for the development of environmental protection and infrastructure are very important. They are present more or less in the majority of the market economy countries.

f) A special field of relations between the state and the economy are the social welfare activities of the state, i.e., social policy. The aim of the contemporary state to construct social security requires an extensive welfare policy and a harmonizing social welfare structure in order to support it. This aim requires an accumulation

of financial means. At the same time a well-constructed and efficient social welfare system has a feedback effect on the economy, influences it positively, and supports the security of enterprises.

g) An important element of the economic role of the state is to ensure the provision of *public goods and services*, and to develop the infrastructure generally. In this sphere two functions can be clearly distinguished: the fulfilment of the needs of citizens on the one hand, and the promotion of economic development and modernization on the other. This latter is related to the view that a fundamentally important condition of the development of the economic venture sphere is the creation and operation of an up-to-date system of infrastructure (traffic, communication, etc.).

II

A main element of the role-taking of the state in the market economy model — related to the economic activity of the government — is the constitutional regulation of the economy, the problem area of economic constitutionality.

The *constitutional regulation of the economy* is a fundamental and significant component of constitutionality. In the course of historical development the relationship between the economy and the constitution, more exactly, the constitutional expression of economic order changes not only according to the various social and economic formations, but during the development of these various forms, too. In this course of development besides the explicitly economic categories (e.g., property relations, forms, the means and methods of management and economic influence, etc.), those factors which are connected with the operation of the *political system*, the functioning of the state structure, the situation and development of the basic rights of the citizens and their constitutional regulation also play an important role. As a consequence, the problem area of economic constitutionality cannot be surveyed by itself, but we also need to examine its relationship to the social and political environment and their mutual effects on each other.

The roots of economic constitutionality go back to the establishment of *constitutionality* in western European democracies. This fact can be ascertained, although the concept of economic constitutionality developed at a later stage of development, as parallel with the extension of the economic role of the state. At that time this concept received a more or less comprehensive theoretical fundament and constitutional expression.

If we examine the western-type development at the focus of constitutionality in the economy, two main development periods can be distinguished with some kind of simplification:

— The *liberal development period*: The characteristic feature of the constitutions at this stage is that they take the approach of basic citizens' rights towards the problems of economy, they regulate them accordingly. Consequently, the problems of economy in constitutional regulations are settled as the establishment of guarantees of *private property*, taxes on citizens, and *expropriation* on behalf of the state as a legal institution. Beyond the basic rights of citizens important elements of the constitutional regulation of the economy are regulations related to the *treasury*, the *state budget* and *budgetary appropriations*.

— In the *later period of development* significant changes took place in the constitutional expression of the economic order and the concept of economic constitutionality as well. The reasons for these changes were especially the appearance of multinational corporations crossing national borders, their increase, the application of forms, methods and means of state intervention into economic life, the establishment of mutual decisive role of the world market, the emergence of regional market integration, etc. Considering all these factors the prevalence of *economic constitutionality* appears as a requirement in the framework of the rule of law (Rechtsstaat). This is promoted by such categories as economic planning, subsidies, further prognostication, the spread of various economic organizations of representing interests, the institutional forms which aim the expression of interests and trouble-shooting in the economic sphere, and the creation of such interest-harmonizing mechanisms which are built on the principle of social partnership.

The Eastern European region presents a picture which is differed from the general trend mentioned before. The first Soviet constitutions have settled the problems of economic order rather concisely, primarily based on the principle of distribution according to work and the establishment of the right to work in the constitution. In a later period of development the Soviet Constitution of 1936 and subsequently the constitutions of the other Eastern European countries extended the framework of constitutional regulation of the economy by regulating the role and categories of property forms (ownership), the principle of adherence to the plans, the state monopoly of foreign trade and bank activities in the framework of the social order.

In some of the Eastern European countries the constitutional amendments and reforms which took place in the sixties and seventies brought certain steps forward in some aspects (e.g., a differentiated regulation of property relations, reference to the independence of economic entities, etc.). However, they did not go beyond the general theoretical limits of Stalin-made Constitution of 1936, did not go to the construction of a new type of economic constitutionality model. The need for constructing such a model emerged only recently, in the process of a comprehensive alteration of the social and economic model, in the process of a profound change of system, based on developments which have taken place in the political, economic and intellectual spheres. This comprehensive changing process requires a modern concept of the basic institutions of the economic constitutionality, which can be brought along by a comprehensive constitutional reform or the enactment of a new constitution.

What are principles and main elements of a new and up-to-date economic constitutionality?

The central institution of economic constitutionality is the *social market economy*. The social market economy is a mixed economic system, where the market coordinates the activities and behavior of entrepreneurs in a comprehensive way, although not quite exclusively, at the same time exerts a powerful influence on the decision-making sphere of the macro-economy as well. A further characteristic feature of the market economy is the organisational versatility and mobility of the autonomous enterprises, their market competitiveness and capital interest. Among the conditions of the market economy public power and property owner characteristics of the state should be separated from each other, just as should

public administration and entrepreneurial economy. In the market economy model the operation of the market is organically related to macro-level forecasts, the monetary and fiscal policy.

Starting out from the above-mentioned facts the *main contents* of the constitutional regulation of the economy could be the following:

a) The constitutional regulation of *ownership relations and property forms* as well as the determination, in principle, of their connections to each other. In this respect it is reasonable to start from the point that the market economy is a pluralistically divided economy of the different kinds of ownership, which operates on the bases of the constitutionally recognized equality of the different property forms, the freedom of enterprise and competition. The equality of property forms means, among others, that there are no hierarchical connection and distinction between the various property forms (communal, private or citizen's ownership) at all. Furthermore, the constitution grants the subjects of the economy, namely the communities, economic organisations and the citizens the right to acquire property and to act freely with it, although the exercise of property rights cannot impede the public interest.

b) The constitutional regulation of the basic rights and duties of the *subjects of the economy* (communities, enterprises, citizens), moreover, of a guarantee system in order to implement them. Here we should start out from the point that the independence of the subjects of the economy and the stability of economic management should be ensured by law. It should be provided for as well that the main rules of economic competition and the basic rules of relations among the entrepreneurs are regulated by the state, considering particularly the basic norms of market behavior.

c) The constitutional regulation of the economic role and the main rights of the *state*. It should be clearly put: what can and what should the state take over as its duty in this field. Consequently, in relation to the economic sphere it should be possible to decrease the overall role of the state and eliminate its paternalistic role.

In formulating the constitutional rules of the economic role and basic rights of the state we can start out from the assumption that in the framework of the social market economy the state determines the legal framework and guarantees of independence of economic ventures. Furthermore, the state influences the economy primarily by the determination of economic policy and guaranteeing its implementation. The means by which the state influences the economy are particularly social and economic planning, monetary and fiscal measures, and the exercise of public power. The state also promotes the development of international economic relations.

d) The constitutional settlement of the *budget and tax systems*. Within this framework it should be stated that the Parliament establishes the economic processes of the state treasury, the budget, and supervises the implementation of the budget. The implementation of the budget is controlled by the Supreme Audit Office of the State. Concerning taxation law it should be declared that only an Act of Parliament can establish tax for the state. The imposition of tax should be on the basis of the principle of proportionate burden.

e) A very important component of economic constitutionality is the constitu-

tional settlement of the *basic economic and social rights* of citizens. These basic rights should be based on a guarantee of social security, the improvement of equality of opportunity and the principle of social justice. Among these rights the following have particular importance: the right to work, the right of free selection of profession and workplace, the right to social security insurance, to free time, the right to strike, and furthermore the right to establish organizations of representing interests.

III

Taking into account the previous points, the question is: what are the substantial aspects of government economic activity as a component of the government activity in general? In order to answer this question we have to deal briefly with the term of government activity and some general problems concerning the concept.

This topic could be approached *objectively* and *subjectively*. The objective approach seeks to answer the question: which activity qualifies as governmental, in other words, what are the most important characteristics of the government activity? Conversely, the subjective approach tries to determine government activity by the categories of organs doing governmental work, i.e. it tries to determine: which organs conduct government activities. Of course both approaches have their *raison d'être*, however, an examination of the characteristic features of government activity requires the simultaneous application of both approaches.

As is known, government activity historically developed in the framework of state activity as one of its parts. The literature regards government activity as a certain, most important segment of state activity. Without even briefly mentioning the various views of this question, we will merely mention that government activity is related to the activity of the *head of state* or the *legislature* (parliament), or the *executive* (government), or all of these. With the appearance of the various political parties, their growing role in social and state life the view also emerged that government activity goes beyond state activity, and refer to such elements, too, which are realized outside the framework of state activity.

Indeed, if we conceive of *government activity in its broadest meaning*, it could be hardly ignored that *it has not only a state reflection, but something beyond it*. From this aspect government activity can be conceived as the *most important and most comprehensive activity of societal management*.

A narrower interpretation also can be distinguished compared to the previously mentioned, widely interpreted term of government activity. Namely, government activity operated by the state as a particular form of state activity. Government activity in this narrower meaning is a part of state activity, which determines the most important state tasks and aims, the means, methods and pace of the implementation of these aims and tasks, ensures the material and personal conditions to accomplish them, controls and supervises the implementation of the aims and tasks. The above features of state government activity show that this kind of state activity can be seen as state activity at the highest level. Consequently, the practice of government activity is among the tasks of the highest-level state organs. This latter statement, however, leads us to a survey of the subjective aspects of government activity.

It is obvious from the character of the state government activity that the highest representative organ (Parliament), the head of state (President, Presidium, Presidential Council etc.) and the government as the highest executive and administrative organ play the decisive role in its exercise. Obviously these organs are the primary actors in government activity. The relations among them may actually give an answer to the form of government of the state, too.

However, the question is whether the above-mentioned supreme state organs can be taken as the exclusive depository of governmental activity? The answer to this question presupposes the examination of the state system and state structure of the given country. If we look at the question from the domestic aspects, then first of all the evaluation of the activity of government committees deserve attention.

It is known that Government may create government committees to fulfill some types of tasks. The government committees act under the authority of the Government and their decisions are implemented by ministers, the heads of national organizations, authorities and other organs. In the activities of government committees an element could be clearly distinguished in the past, namely the coordination and guidance of the activities of ministries and central offices. At the same time — although not in the same proportion — there were also present some elements of all-governmental tasks in the activity of these committees. This latter was related to the delegated character of their competence. Consequently, government committees carried out activities within their competence delegated by government and in this way they could be listed among those organs undertaking governmental activities.

A further problem related to the subjective side of government activity is the interpretation of ministerial activities from the aspect of government activity. There is no uniform viewpoint in the literature about this problem. The opinion is widespread, e.g. that the activity of ministries cannot be regarded as government activity. However, an opposite view is also known. According to this latter opinion a ministry is led by a member of the government and therefore the activity of this entity can be viewed as government activity. Between these two extreme views several intermediate views have emerged. According to them only certain, qualified spheres of activity of ministries can be considered government activity. In this way a ministry actually undertakes "dual-faced" activities, namely it fulfills governmental and non-governmental tasks.

In our opinion in listing ministries as governmental or non-governmental organs we should weigh several circumstances. The main point is probably that ministries are subordinated to the Government and fulfill their tasks in respect of a "branch" or function. The limitations of the competence of a ministry in this aspect and the character of its activity leads us to the conclusion that ministries cannot be considered governmental organs. This point naturally does not mean that the activity of the ministries does not possess very significant connection points to government activities. This latter can be especially seen in the preparation of Government decisions as the ministries have very important role in the policy elaboration of these decisions.

A particular problem is the evaluation of the activity of a minister. In this case we have to consider the kind of activity involved. As a member of the Government, the minister undoubtedly takes part in government activity, although it is also

obvious that ultimately Government activity is a corporate operation, it is not undertaken by its individual members separately. At the same time ministerial activity aiming at the guidance of a given branch of administration and those aspects of this activity which aim at the management of the ministry as an organisation cannot be considered as governmental activities.

The above-mentioned facts naturally do not include cases when the Government authorizes one of its members to do some concrete work for the Government (e.g. the institution of government commissioner). In such a case the commissioner actually takes part in the government activity under delegated powers, i.e. the delegation of competence is the substance of the matter instead of the nature and sphere of those rights which the minister is entitled to.

The above briefly mentioned features of government activity are characteristic of the economic activities of government, too, as a special sphere of government activities. Consequently government economic management has a certain priority compared to branch, functional and control management and at the same time its determining role is undeniable. This also applies to the fact that from a certain point of view these management spheres when compared to government economic management have an implementing character. Furthermore, due to the general features of government economic management this activity can only be carried out by the Parliament, the President of the Republic, the Government and the government committees created by the government, i.e. in this sphere the economic management activities of the ministries and other central authorities do not qualify as government economic activity.

However, government economic activity is not only a part of government activity, but at the same time a constructive component of the economic management system as well. Consequently, the nature of economic management, the level of centralization in the decision-making process and in relation to it the degree of flexibility allowed to enterprises, the nature of the system of means of the management, etc. are all factors which have significant effects on the substance and methods of government economic management. Moreover, it is undoubtedly true that the sphere of competence and intensity of government economic management is influenced by factors, such as in a given period of development, how do the relations between the economy and politics develop, to what extent does politics consider the special laws of economics. Finally, as regards also the functions of government economic management or even its methods, it is important to find out: what kinds of functions in the system of economic management should the state take, i.e. which functions should be fulfilled by the state, as a tool of societal guidance, in order to influence and manage the economic processes.

The fact that the object of government economic activity, as a relatively independent sphere of economic management, is economic life itself, gives it a special character compared to other spheres of government activity. This is revealed, among others, in its main functions, too. Theoretically the most important functions of the government economic activity are as follows:

- the determination of economic policy and the government programme, the management of their implementation;
- the determination of social and economic plans;

- decisions on the comprehensive questions of the organisational and institutional system of economic regulation and economic management;
- economic legislation;
- the comprehensive supervision, analysis and evaluation of economic processes and, on this basis, the taking of necessary measures;
- decision-making related to international economic relations and cooperation;
- the coordination of branch, functional and regional economic management activities.

Among the tasks mentioned here the last one, i.e. the coordination of the activities of the branch, functional and regional organs is not regarded as an element of government economic management in the literature, moreover, a distinct separation of it from other areas of government management is claimed by some authors. In contrast to these experts, others emphasize that coordinating activity is one of the main components of government economic management and the artificial separation of it from other aspects of economic management is utterly baseless.

In our opinion among the functions of government economic activity is the coordinating function aiming at harmonizing the activities of branch, functional and regional economic management organs. However, at the same time we have to see that this latter function is an administrative, first of all a public administrative one, as such coordinating and harmonizing activity should prevail not only in the sphere of government economic management activities, but in all government work as well. In this way we consider it justified that explicitly administrative, coordinating activity should be separated from actual economic management, even if the economic management necessarily presupposes certain administrative activities, too.

Based upon the above we may state that government economic management is a directing activity of strategic character. Its basic tasks are to ensure the macro-structural stability of the economy and the nation-wide guidance of the economic processes taking into account long-term development aims.

IV

The question arises: what are the problems of government economic management waiting to be solved, particularly regarding the functions and tasks to be fulfilled by government economic activities?

When we examine the recent situation of government economic management, we start out from the point that despite the changes that have taken place in the meantime there are several problems in this sphere of economic guidance. Their causes and components are multiple and complex. Consequently, among the causes we can find some which originated in economic policy or are at least related somehow to it, but we can find others which are virtually of an all-governmental type, i.e. they are characteristic not only of government economic management, but the whole of government activity as well, to some extent. Furthermore, undoubtedly we have to discuss those causes, too, which are related to the methods

and style of government economic management. Finally, those problems should not be neglected which characterize government economic management from the aspect of preparation of policy and its implementation, and in addition, its recent institutional system and structure. In order to outline some possible alternatives for the solution of these problems, we have to analyse their origin closely. As we have already mentioned the following examination of causes and problems cannot claim to be complete on the one hand, and we have to emphasize the exposition of the problems to be solved on the other, because we are convinced that the current situation can be survived only if we do not mention merely our accomplishments, but we view critically the recent realities and practice and on the basis of the analysis we draw the proper conclusions and do our work accordingly.

1. According to our opinion one of the problematic points of the operation of government economic management has an economic policy character. We have to say that only a partially comprehensive long-range government economic policy concept is available, which would serve as a base for the "breakthrough" from the recent difficult economic situation, i.e. such a concept, which would outline an active operational programme for the economy as a whole, or even for the whole society. To tell the truth, the accepted programme determined some initial points of a strong strategic concept, however, it would be necessary to gather these initial points to a strategic programme, which is uniform, comprehensive, which stimulates active policy and gives perspective, and which could serve as a base for government economic management in the long term.

2. Another problem, which is partly related to economic policy and also characterizes government economic management is a certain imbalance of the optimal proportion and equilibrium between daily, short-term tasks and functions and strategic aims and functions in favour of the former. If we examine the practice of government economic management in the past, this aspect of management activity is quite clear and obvious. Related to this is often mentioned the argument that day-to-day economic troubles, particularly unfavourable changes in the world economy only allow the solving of short-term problems. While recognizing that our day-to-day problems are really quite serious, their solution also requires constant attention. However, it seems that this approach has dangers over a longer period and can result in adverse consequences, simply because it does not calculate properly the long-term consequences of the day-to-day activities. A solution to the present troubles is only possible if it includes an understanding of the long-term implications of day-to-day policy and, moreover, if it subordinates actual management activities to the attainment of strategic aims. If the long-term development aims are pushed back, the strategic purposes are neglected, this will result in a lot of small decisions, often contradictory to each other, and which therefore negatively influence the independence of the economic actors. Moreover, we simply reproduce the problems and are not able to break out of the "vicious circle" which actually surrounds the Hungarian economy today.

3. As far as our opinion is concerned, another problem of our recent government economic management is that it is not adequate in its flexibility and adaptability. This latter aspect has effects on the adaptability of the domestic and particularly international economic developments.

In relation to the adaptability of the domestic economic processes and changes

the problem can be found first of all in the fact that real events in the economy are frequently registered by the government too late, furthermore, the consequences concerning the alterations of the content elements, methods and means of management are not drawn in the proper time and put in practice at the right time. Partly due to this circumstance government economic management is not always capable of guiding the processes which take place at the level of enterprises globally, even more, the acceptance and practical implementation of government measures meet difficulties. This results in a conflict between government economic management and the market economy, which has not been solved up to now.

The another aspect of the question is the problem of the adaptation to the processes of the world economy. We say that the endless references to the adverse changes, which take place in the world economy and which often really have negative effect on us are erroneous. We have to understand that the international economic environment is not the "punishment of the heavens" for the Hungarian economy, but an objective condition. Its changes, movements should be analysed continuously and even more, we have to forecast them in order to adapt to them at the right time with the appropriate flexibility.

4. An important problem and a weak point of government economic management is that even today we have not succeeded in giving enterprises sufficient freedom of movement. The origin of this problem is complex and difficult. One main reason is a biased viewpoint and behavior which, referring to the actual deficit of the state budget, is of the opinion that the income of entrepreneurs should be taken away. This viewpoint is one-sided because it does not understand that this not only puts limits on the development of the economy, but also produces conditions, too, which may impede efficient economic management. Today a situation exists where according to the law entrepreneurs possess widespread independence, at the same time their actual economic independence, and therefore their freedom of movement and opportunities, are curtailed.

5. Another critical point of government economic management is the view which pushes complex, socio-political aspects, into the background. This is basically related to the fact that even today the one-sided and consequently biased economic-financial way of thinking prevails. According to this view first we have to solve the problems of economic development, then afterwards the problems of the social, cultural, scientific sphere, then we can develop more dynamically the infrastructure. We ought to recognize — and this is undoubtedly and convincingly proved by international experience — that there is no economic prosperity, only economic recession, if efforts towards the solution of economic problems happen independently from the solution of scientific, cultural, educational, and socio-political problems, and not in close concert with each other. The economic and non-economic spheres do have mutual effects which cannot be neglected. Otherwise neither the economic policy, nor social policy can hope for a permanent success.

6. A further critical point of government economic management is connected with the means and methods of management, with the style of management. In our country the situation is expressed by the fact that the mechanism for the preparation of government policy is determined by an official apparatus which operates in a system of hierarchic relations to a quite large extent and in government economic management — due to the weight of an official way of thinking — the emphasis

is not on a conceptional, comprehensive and complex approach and the solving of emerging problems, but on the official handling of minor details, which happens quite often.

7. The question of publicity of the government economic management deserves special consideration. Although some changes have taken place, this area also requires examination, and action. The problem is whether government economic management is open enough: both towards society and towards entrepreneurs. In addition to the need for an open discussion and treatment of the measures required to solve actual economic problems, it is very important to ensure publicity for government economic decisions.

V

From the above, what conclusions and proposals can be formulated regarding the further development of the government economic management? Without claiming to offer a complete answer the following aspects should be especially considered:

a) A long-term and comprehensive social and economic policy action programme should be worked out, which on the one hand will allow a move away from past practice, and on the other, will provide the basis for government economic management. An essential element of such a programme would be the critical examination of realities, a comprehensive assessment of the economic policy of past years, its objective evaluation and the drawing of correct conclusions.

b) We have to eliminate from government economic management the confusion between, the merging of, and the consequent attempts to deal with, both short- and long-term, strategic and operative questions. We should recognize that government economic management should be concerned only with the long-term, strategic questions of economic life. Economic management questions of an operative nature should be decided by the government only in exceptional cases, in cases where decisions are justified by the extraordinary circumstances.

c) Consequently, government economic management should guarantee the actual economic framework and independence of enterprises.

d) The complex methods, i.e. an economic and socio-political approach should consequently be used in government economic management, replacing the still prevailing one-sided economic-financial viewpoint.

e) Generally in government economic management and, especially in elaborating policy we have to eliminate the old official way of thinking. It should be replaced by a conceptional handling of problems. In order to achieve this goal we have to offer much wider possibilities for the participation of various corporate bodies, for the real participation of independent experts, the representatives of science. Meanwhile we have to operate a constant consultation mechanism with interest groups both at government level and at the level of the various ministries.

f) We have to ensure publicity and openness for the government economic activity and its complete democratic character. The existence of this requirement will ensure that public opinion and society receive information about the economic decisions of the government at the right time.

Bibliography

- Kovács, István*: A szocialista alkotmányfejlődés új elemei (New Elements of Socialist Constitutional Development). Akadémiai Kiadó, Budapest 1962.
- Kovács, István*: A Minisztertanács működési területei és helye az állami szervek rendszerében (Areas of Activity of the Council of Ministers and Its Place in the System of State Organs). Állam és Igazgatás, No. 6/1956.
- Bibó, István*: Válogatott tanulmányok. I–III (Selected Essays. I–III). Magvető, Budapest 1986.
- Ficzere, Lajos*: A Minisztertanács a politikai és kormányzati rendszerben (The Council of Ministers in the Political and Governmental System). Jogtudományi Közlöny, No. 7/1983.

Enforcement of the Law and Public Administration

ATTILA RÁCZ

The enforcement of the law includes the requirements both to execute and observe legal rules. It is quite clear that the implementation of legal rules could not be imagined without an active effort to execute them. The enforcement of the law cannot only merely mean that nobody should contradict — “in a passive way” — the legal rules. In this case the legal rules would become in a lot of cases dead letters. This is true even if the point of executing the legal rules — maybe because it is evident — is lost in the legal rules developing the guarantees of legality or even in the legal literature dealing with the problems of legality. However, it would be a grave mistake if we did not stress particularly the requirement to execute legal rules when examining the relationship between the enforcement of the law and public administration. This is due to the fact that among state organs it is primarily the organs of public administration which are responsible for executing the legal rules (I). Naturally we also cannot neglect the question: what does the requirement of observing legal rules mean in public administration? (II). In addition, among the preconditions for the enforcement of the law we have to deal with the legal guarantees serving the execution and observance of the legal rules, too (III).

I

1. In any society organized by the state, for thousands of years there have always been offices or officials, who had responsibility for the implementation of state intentions, i.e. the execution of the laws. Aristotle pointed out that the constitution of the state is determined by three factors, namely by the characteristics of the forum for debating public affairs, the magistrates and the organs administering justice. He also dealt with the questions of what kind of magistrates are necessary, what competence they should acquire and what should be the right way to elect them (Politics. Volume IV, 14–15). In his reasoning aspects can be traced, too, which point beyond the simple technical distribution of competence and work of the above mentioned factors. However, we still cannot say that he emphasized the necessity of allocating the legislative, executive and judicial functions in the modern sense to different types of institutions. This only took place much later in periods and in such countries, where royal power, the aristocracy and the bourgeois class had fought for dominance. The rising bourgeois class demand-

ed the limitation of absolute royal power and its proper share in power, first of all in the legislative power. This was expressed in the course of bourgeois transformation by the theories of Locke in 1690 in England and of Montesquieu in 1748 in France aiming at the separation of powers and recognizing that the power of the monarch lay only in the execution of the laws. Anyway, it is necessary to have a permanently operative power or power apparatus which carries on the continuous execution of the laws issued by the representative organ.¹ All of this satisfied the power ambitions of the bourgeoisie and the elimination of the absolute power by eliminating the interconnection of powers, however, without challenging the "power" privileges of the monarch. But the theory and the enactment of the first bourgeois constitutions, influenced by the theory, is very significant from the point of view, too, that from this time the execution of legal rules became, in general, the task of a separate system of state organs which existed in several elements already, due to the social division of labour, for a long time. Irrespective of the fact of whether at the top of this system there is a monarch, a president who is not responsible to the representative organ or a government responsible to Parliament. This is expressed properly by the term "executive power".

In the classical interpretation of the separation of powers the execution of laws is the sole and exclusive task of the executive. The organs of executive power are only authorized to execute the laws, however, the legislative and judicial organs should not fulfill such tasks. Relative to the legislative power the executive power is only secondary, actually it has no active political power. However, in the course of time in western countries the role of the executive, or according to the new terminology, the role of public administration has altered. It has become "power" in the political meaning of the word, too.² Due to the development of power relations and for practical reasons it became a participant at the supreme level of decision-making, which was expressed in a most spectacular way by the appearance and large-scale expansion of its rule-making power. For this very reason the supreme public administrative organs which take part in the political decision-making today are named — with new content — "executive", "administrative power" or include them among those organs which conduct "governmental" activities. But it has become obvious, too, that in the execution of legal regulations beside the public administrative organs other state organs and, e.g. the organs of various self-governments take part. Despite this development it is, however, beyond doubt that the execution of legal rules is still today the primary task of the public administrative organs, furthermore, it is quite obvious, too, that among the organs of state primarily the organs of public administration carry out executive functions. This was not questioned in the socialist countries either, where the theoretical starting point significantly differed from that of the western democracies.

Already the organisational model of the Paris Commune showed new features. The sole depository of state power was the city council, the Commune, consisting of elected, responsible and any time removable councilors, which was, at the same time, a legislative and executive organ. The separation of legislation and execution was eliminated in such a way that the Commune itself, namely the representatives, beside legislative work were obliged to work on execution, too, in different organs. However, the lower apparatus of execution or public administra-

tion was not abolished, only changed to be a responsible and any time removable agency of the Commune.³

The structure of the state machinery was not based on the separation of powers in revolutionary Russia either. For example, the first Constitution enacted in 1918 — quite the contrary — combined all powers at the centre as well as locally in the soviets of workers', soldiers' and peasants' representatives. The All-Russian Soviet Congress — and between its sessions the All-Russian Central Executive Committee, elected by the former — was the supreme organ of the Republic. The supreme legislative, disposing and supervising organ which combined the activities of legislation and administration. However, the general administration of the state matters was conducted by the Council of People's Commissars created by the All-Russian Central Executive Committee, while the management of the different administrative branches belonged to the people's commissars. Consequently, the necessity of such organs which are specialized to provide administrative tasks was recognized at the central as well as local levels, although this did not mean at all the "separation" of powers. Even more so because at this time not only the supreme organs of power participated in the work of execution, but the Council of People's Commissars, responsible to these organs, could also issue laws. The existence of administrative organs was required simply by the continuous and professional provision of executive activities, the necessary division of labour in state activities. Theoretically even the concept did not alter that view which, especially from the promulgation of the Soviet Constitution of 1936, considered the administrative organs in the socialist countries explicitly "executive" and "disposing" organs. Namely, the supreme power character of the supreme representative organs remained unchanged on the one hand, and despite the narrowing down of their legislative competence the participation of the top organs of administration in government could not be doubted, on the other. However, the concept gained a special emphasis which considers the task of public administration decisively in the implementation of legal rules and concentrates this activity on public administration — just as in the western democracies and under the newest political development, when even the principle of the separation of powers has been recognized, in the emerging democracies in Central and Eastern Europe, too. That is the reason why it is possible to deal independently of the theoretical starting point with the conditions under which and the means by which public administration fulfills this task.

2. The requirement to execute the laws burdens the executive organs from the enactment of the valid legal rules until the time they are in force. In this period in those spheres which belong to their competence the organs of public administration — and generally the organs of public administration — are obliged to take part actively in efforts to implement the regulations of the law. This should be mentioned for two important reasons: on the one hand, it happens frequently that the campaign-like execution of the legal rules prevails, however, after the passing of a relatively long period of time from the enactment of the legal rules, the legal rules are not enforced. On the other hand, the requirement to execute the legal rules refers to every legal rule in the material sense, even in the case of rules containing mainly principles of orientation we cannot get rid of the thought that these rules contain "built-in-doubts" against the possibility of their execution.⁴

Along with the extension of state intervention to social life and the legal regulations serving its basis, the implementation of more and more legal rules burdens public administration. The tasks of public administration related to the implementation of legal regulations have greatly increased. This is the primary field where public administration must face the challenge of the "inflation" of legal regulations. The situation — and the chances of the consequent implementation of laws — are also worsened by the fact that the legal regulations change very frequently. First of all in this meaning of the word we can talk about "legislative inflation" and "over-regulation". It happens very often that within a year the same legal rule is changed more than once, besides the fact that rapid change is characteristic of the whole legal system as well. On the basis of data of the international research of legal sources, which was carried out under the auspices of the European Coordination Centre for Research and Documentation in Social Sciences in Vienna, e.g. we arrived — with some simplifications — at the conclusion that with the rhythm of legislation experienced in 1970–1979 the law in Hungary changes entirely about every 12 years. (According to the same estimates the average "life expectancy" of Acts was 21 years, of law-decrees 17 years, of decrees of the Council of Ministers 12 and of the ministerial decrees hardly more than 9 years.) The pace of the changes, however, showed a more or less identical picture in several other Western and Eastern European countries, which participated in the survey.⁵ Of course it is rather questionable to what extent these changes can be justified by rapidly changing social needs, or what is the role in this change of legal drafting, which is not clearly thought out? However, it cannot be doubted that the rapid change which has been experienced in virtually all fields of law — due to the permanent adaptation to the new conditions — also makes difficult the task of executing the laws.

Nowadays the public administration carries out its tasks in most countries with a strongly differentiated organisation, with a large staff, and with considerable financial overheads. This is necessary in order to fulfill its increased task; the implementation of the law. First of all it is necessary that the organisation frameworks are provided to ensure the fulfillment of different, rather heterogeneous administrative tasks. If the existing organisational frameworks are not adequate, the alteration of the existing organisational system or the establishment of new organs may be necessary. However, for the execution of a legal rule it is an unavoidable requirement that the legal rule should appoint, e.g. by naming the organ or organs, by determining their competences those organs which are responsible for executing the legal rule or it should be clear in the organisational system which organ is required to execute the legal rule. It is also quite obvious that in order to provide administrative services the appropriate personnel conditions should be established within the organs of public administration. If properly educated, professionally competent and well-organized personnel are not available, the proper implementation of law would be in vain expected. Moreover, it cannot be doubted either that the implementation of law is unthinkable without the provision of the financial resources which are necessary for implementation. If the above organisational, personnel or material conditions are missing from public administration, ultimately legal regulation cannot be implemented.

to the heterogenous nature of social relations. Depending on the content of the regulations the methods of implementation can be different, too. However, several such methods can be distinguished which have a prominent role in the public administrative activity of executing the law "outward".

a) Among the methods of executing the law first of all some tasks related to law-making deserve mention. For example public administrative organs should eventually take part in the promulgation process of Acts and legal rules of statute level, furthermore public administrative organs should publish the administrative regulations according to the prescriptions of law. The enactment of implementation rules in the narrower meaning of the word also belongs to the implementation of legal rules as well as the enactment of rules of implementing-detailing character if without them the given legal rule — according to its provisions — cannot be implemented.

b) The implementation of the legal rules by public administration requires an extensive and regular outside organizing activity. Without the organizing activity of public administration the economic, social and cultural tasks, which are the burdens of the modern state and based on legal rules, cannot be accomplished. Furthermore, the material preconditions for the maintenance of citizens' rights cannot be ensured. We just mention that in this way the implementation of legal regulations is served, e.g. by the planning and developing activity of public administration; the establishment of state enterprises and institutes, the assurance in a narrower or wider sphere of the personnel and financial conditions necessary for their activities, the management of their activities; the promotion and co-ordination of such social and private activities which serve the provision of public needs, etc. But organizing activity with an outward direction cannot be neglected in the solving of policing tasks, either.

c) The official supervision of adherence to law constitutes a very important part of the law-implementing activities of the organs of public administration. I.e. the activity in the course of which, in the framework of their competence and jurisdiction granted by law, they decide whether citizens, citizen's organisations, the state economic and service entities keep the law? The role of official supervision of the implementation of law cannot be doubted for the very reason also because its aim is nothing else but the prevention of infringements of the law and if infringements of the law are revealed, the enforcement of the regulations by administrative or other law-applying procedures.

d) The most obvious method of the administrative implementation of law is the administrative application of law. The activity in the course of which the organs of public administration — within their competence — establish rights and duties for legal subjects based on legal rules, make decisions in legal disputes between legal subjects, and apply the various rules of material law responsibility in case of infringement of the law. Or to put it in another way: they establish, modify or abolish concrete material law relations on the basis of law and the implementation of legal rules. Without this administrative law implementation directly ensuring rights for legal subjects or obliging them could not, in principle, even exist. This explains the fact that in the case of a request by legal subjects, for guarantee reasons, the obligation of organs of public administration to proceed turns up with particular emphasis. However, starting out from the obligation to implement the

law only the obligation to proceed of organs applying the law can be adopted in those procedures, too, which should be initiated officially. (Only of course, when the preconditions for the initiation of the procedure exist.) On the basis of such considerations the 1981 Hungarian Code on the general rules of public administrative procedure declares as a general rule that the public administrative organ is obliged to proceed in any matter which belongs to its sphere of competence. This is true even if, when due to the lack of deadline of initiating a procedure or, e.g. due to uncertain legal terms included in the legal regulations, the administrative organ has a certain discretion as to when it should initiate the procedure, or whether it should initiate at all. However, due to the requirements of legality and law implementation serving it the Code prefers the principle of "legality" over the principle of "opportunity".

e) In several cases the coerced execution of decisions applying the law is a necessary element of the implementation of law. That means that in the case of lack of voluntary performance of decisions containing obligation they must be implemented even by applying state coercion. If this does not happen, the decision applying the law remains on paper, we cannot speak either about the implementation of law or the prevalence of legality. For this very reason it is a general requirement that based upon the request of the client or in those procedures which are initiated ex officio the execution of final decisions should be ordered and carried out, both in public administrative and in other procedures of law application. In such cases, especially in executing the decision, the organs of public administration, which directly apply state coercion, usually have an outstanding role.

f) The direction and co-ordination of law implementation also belong to the mechanism of public administrative law implementation. However, it is undoubtedly not an actual implementation of legal rules. This way — among others by rules containing legal interpretations — the legal rules cannot be implemented. Nevertheless, the directing and co-ordinative activities of the central or higher public administrative organs may contribute to the uniform and consequent implementation of legal regulations.

II

1. The most obvious requirement of legality is that nobody, not even the persons who exercise public power, is allowed to infringe the law. This is a very old requirement even it only became a general requirement, devoid of any theoretical precondition, in the age of bourgeois social transformation, as in the state structure based upon the sovereignty of the king — especially in the absolute monarchy — the principle of "princeps legibus solutus est" had a great influence on public law thinking. That meant that although the officials of the monarch and the judges were obliged to act according to the law, the king was exempted from this obligation when he directly and personally gave orders, decided matters or made a judgment. However, with the idea of the separation of powers where the royal or executive power was limited to the execution of the law, this exemption no longer had a place. As Duguit remarked, since the French Revolution, e.g. in France both the "executive state" and the judges have unambiguously been obliged to apply the valid laws enacted by the "legislative state". The prevention of tyranny, the

security of citizens' guarantees required that too. The requirement hereincluded that the legislative organ itself must not infringe the law either.⁶ Of course, an infringement of the law is also if an organ of the state — especially in exercising public power — acts in such a way that it lacks the necessary legal basis. Later, this view gained ground in other countries, too, in the process of bourgeois transformation and until today it generally determines the activities of the state. However, we cannot ignore the fact that observance of the law had its limits in the revolutions, the principle of legality has been infringed several times in practice under stable democratic systems, too, and when openly dictatorial, fascist governments came about the holders of public power frequently thought that it was their prerogative to act contrary to the law.

The requirement to observe the law was also a basic principle of the operation of public power in the socialist countries from the first days of the Russian revolution. We have to say that even considering the fact that the realization of this principle faced various "challenges" in the course of development, not only in practice but in "theory" as well.

Revolutionary Russia started from the idea that all laws of the former regime should be abolished. However, this did not take place immediately, there was some caution in abolishing the old laws, namely because those laws lived rather solidly in the consciousness and memory of the people.⁷ Considering this fact the Decree of November 24, 1917 on the courts merely declared that the courts were only obliged to apply the laws of the deposed governments if they, the laws, had not been abolished by the revolution and did not contradict revolutionary conscience and legal consciousness (Article 5). However, the Decree of November 25, 1918 already declared that the people's court apply in every matter the Decrees of the Worker's and Peasant's Government, while in the case of lack of such a Decree or its incomplete regulation the courts were to be directed by socialist legal consciousness. It was forbidden to refer to the laws of the deposed governments in verdicts and decisions (Article 22). Thus at that time the requirement to observe the old laws lost its validity, entirely. The old legality ceased to exist, only the new laws could be implemented. Furthermore, due to the lack of new legal rules the organs of public power operated according to opportunity.

The new power denied the legality of the old one, but required adherence to the new laws from the beginning. This was unavoidably necessary for the organization of the new society, the stabilization of Soviet power, the elimination of the separatist and local anarchistic trends and the establishment of legal security as well. The VIth Extraordinary All-Russian Congress of the Soviets of Worker's and Peasant's Deputies, at the initiation of Lenin and considering his dicta, enacted a special resolution, on the "correct observation of the laws" (November 8, 1918). It started from the point that in the first year of the revolutionary struggle the working class of Russia worked out the fundament of the laws of the R.S.F.S.R., the observance of which were necessary for the further development and strengthening of the worker and peasant power in Russia. Therefore the Congress called upon all citizens of the Republic, every organ and official of Soviet power, to observe strictly the laws of the R.S.F.S.R., as well as those of the central power. It declared that measures deviating from or going beyond the laws of the R.S.F.S.R. were only permitted if they were necessary due to the extraordinary

circumstances of the civil war and counter-revolution, but in every such case the appropriate organ or official should ascertain the existence of the conditions which required going beyond the legal regulations and immediately inform in writing the Council of People's Commissars, with copies to local organs and other interested bodies. This meant that even the enforcement of the new laws also had a recognized limit during the revolution. At the same time it also proved that the Soviet state was built, in theory, on the principle of legality, it recognized the dominance of revolutionary necessity over legality only in special cases under conditions of civil war and counter-revolution and even then only with adherence to certain special guarantees.

The requirement to observe the laws obviously appeared with special emphasis in the period after the civil war and counter-revolution. Then the increase in legal security required the systematic building-up of guarantees, too, serving the assurance of legality (e.g. the establishment of the public procurator's office). There was a great need to do it as Kalinin put it on May 16, 1925 at the IIIrd All-Union Soviet Congress. He explained that during the years of civil war and foreign military intervention a huge mass of such cadres had developed who understood under uniform law the expedient use of power. Administration meant for them the possibility to deal with matters completely independently, not subjected to articles of law.⁸ This should have been counterbalanced by a change of consciousness, moreover guarantees of legality. However, the institutionalized legal guarantees were also necessary in conditions of sharp ideological disputes against the representatives of legal nihilism.⁹

The need for "revolutionary necessity" came into conflict with the requirement of legality in the age of the personality cult, to justify subjective state practice and unlawfulness. For example, in 1939 Vishinsky wrote that the falsifiers of Marxism had so depicted the relation of legality and the dictatorship of the proletariat as if the legality would limit the dictatorship of the proletariat. This was a gross and obvious distortion of Marxism. He wrote: "Stalin has proven the necessity of the connection between strict revolutionary legality and the extraordinary measures ("Ural-Siberian methods") against the enemies of revolution under certain conditions. He has shown how to interpret this question in a genuine marxist way... It is quite clear that among extraordinary circumstances the extraordinary measures may contradict the old laws, the positive law... However, if the law is lagging behind life, then it should be amended or, as Stalin put it, put aside. This happened to some laws in the period of the elimination of the kulaks — as a class — on the basis of general collectivization."¹⁰ Or as Vishinsky had explained earlier when considering the relationship between legality and necessity: the revolutionary necessity in the field of the realization of revolutionary legality is nothing else but the application of Soviet laws according to their revolutionary purposes, i.e. those purposes which are the direct aims of the proletarian revolution in any given time. These aims of the proletarian revolution determine the content, direction and limits of revolutionary legality itself, too.¹¹ This concept, namely that the "law can be put aside" if "extraordinary measures are needed" or when "it is necessary to differ from the letter and text of the law", led to or justified very grave infringements of legality then in the administration of justice and in public administration as well. This is true for both the Soviet Union and later the "people's

democracies". We have to add, however, that after the XXth Congress of the Communist Party of the Soviet Union, in a cleaner political atmosphere which condemned the personality cult and unlawfulness, once again the "neglect" of legal regulations and their infringement became, in theory, inadmissible.

2. Everyone should obey the law, namely the citizens, the organisations of citizens, the state-owned economic and service entities as well as the organs of public power in the whole course of their activities. (This is true for every legal regulation with the condition that in the case of a contradiction between the legal rules of different level in the hierarchy of legal rules the superior legal regulation should prevail.) Public authorities, the organs of public administration, too, are obliged to observe the law not only in the exercise of their public authority, i.e. in making and applying legal rules, and in their supervising-investigating-disposing activities, but also when they decide on personnel, organisation or development matters, give concrete guidance to an organ or perform organisational activities. This should be emphasized even if, e.g. compared to the guarantee system of legality of making and applying legal rules in other fields the guarantee system for the elimination of infringements of the law is rather backward. However, this should not mean that a different expectation exists depending on what kind of activities the organs of public administration are conducting. There should not be different measure even for the decisions dealing with "high political" problems, either. In some Western European countries this field includes so-called governmental acts (*actes de gouvernement*) regarding, e.g. the relations between the parliament and the government, international relations, acts concerned with war or amnesty. But even in such cases the government, administration or anyone else cannot be relieved from the requirement to observe the law, merely in such cases there is no place for judicial or, in general, legal remedies.¹² While the law is valid, it should not be infringed, either here or in the course of any other activity.

Infringement of the law cannot be justified in the various fields for any reason, including the "privilege" of the law-maker to regulate the matter or even the need for fair justice. Deviation from the legal rules cannot be permitted even in law by way of a blank authorization. An opposite solution would yield a complete disregard of legality.

Even more recently we can meet — especially on the part of public administrative organs — the view that any law-making organ is entitled to give an individual exemption from the rule enacted by the same organ, i.e. the competence of the law-maker includes the "privilege" of exemption, too. This view, however, lacks any legal basis and it should not have any indeed. Such blank authorization would destroy not only the guarantees of legal regulation, but together with them requirement to observe the law would become a meaningless slogan. At the same time every advantage of the "written law" against "case law" would cease to exist in practice. Therefore the requirement to observe the legal rules necessarily should include the principle of "*tu patere legem quam fecisti*", too, i.e. the principle that the law-maker is also obliged to adhere to the legal rule created by it in individual cases where the legal rule is valid. Furthermore, in the case of a legal rule issued according to the law, even a superior organ, entitled to issue a legal rule of a higher level in the hierarchy of legal rules, is also obliged to keep that legal rule. It is quite another question as to whether the law-making organ or its superior cannot be

prevented in the future from amending a given legal rule which was found to be unsuitable in the concrete cases.

Taking as a basis the practice of public administrative and other organs the view has also appeared that it is reasonable to recognize the possibility of fair legal practice, which eventually would differ from the legal regulations, because the application of legal rules made for abstract cases would yield frequent injustice in concrete cases burdening the client. There have been such views in Hungarian public administration, too, especially at the beginning of the seventies.¹³ The believers of "contra legem" fairness or equity could also refer to paragraph 23 of no longer existing resolution No. 14/1973 of the Presidential Council on the principles of legal policy, according to which "the public administrative organs in the course of their decision-making should keep to legality, take into consideration the social conditions, the needs of personified judgement and in justified cases should operate fairly". Nevertheless, this regulation did not destroy the principle of legality, but it considered legality as a decisive and primary factor. In the legal literature it was rightly pointed out that a mistaken interpretation of the regulation in such a way that the organs of public administration, by referring to fairness in the favor of the client, could take an exemption any time from the prevalence of legal rules, would mean that the principle of legality would be downgraded, compared to the corrective principle of fairness (equity), and seen as second rate. By referring to fair justice, legality could be pushed to the background.¹⁴ Or as it was put at the preparatory stage of the amendment of the Code of Public Administrative Procedure in 1981: the code or any other legal rule should not contain an authorization of general validity which would authorize those who apply the law in public administration to deviate from any provision of any legal rule by referring to fairness. Such a kind of blank authorization would unquestionably squarely oppose legality and would allow the applier of law in public administration to revise the decision of the legislator in concrete cases and make decisions explicitly against the intention of the law-maker.¹⁵ Consequently, with the maintenance of the principle of legality there is no place and should not be a place for fairness against the law even if it were based upon blank authorization of law. In accordance with the principle of legality the principle of fairness should only be applied in cases when the legal rule regulating concrete social relations prescribes or permits the fair application of law differing from the general rule. The organ applying the law is not, however, prevented from considering the fairness, when applying the law, within its sphere of discretion, too.

III

1. The requirement to execute and observe the law would merely be a wish if guarantees of the enforcement of legal rules could not be ensured. In turn, the existence and development of proper guarantees of enforcement strengthens legality. Therefore legality guarantees constitute an organic part of the requirements of legality.

Among the guarantees of the enforcement of the legal regulations social and political guarantees have an outstanding role. First of all public opinion which regards the neglect and infringement of the law as intolerable. However, the

development of legal guarantees is also very important, because these guarantees, backed by the strength of the law create an institutionally favorable climate for the prevention of infringements of the law and for the redress of infringements. These include the procedural, organisation and material law guarantees together.

In order to ensure the legality of public administration various guarantees are available in modern systems of law. Complex guarantees ensure the execution of law by public administration and that this activity does not contradict legal regulations. Namely because either the requirement to execute or observe the law are infringed, public administration commits illegality. However, the nature of the infringements of the law may differ in cases mentioned here. This is already obvious given that an infringement of the requirement to execute the law would be mostly due to an omission, while the infringement of the requirement to observe the law would be generally the result of an act. Consequently, differences in the nature of infringements of the law could provide a basis for differences in the guarantee system as well. Such differences necessarily exist, regardless of the fact that guarantees of execution or implementation, compared to those of the observance of the law, are not generally so well prepared in the legal system. A brief overview of the main characteristics of the guarantee system serving both the implementation and observance of legal regulations can indicate the differences, too.

2. The legal guarantees of the execution of legal rules by public administration do not always manifest themselves in legal regulations. Despite this even among these guarantees of execution we can reckon with a differentiated guarantee system, because in the case of a lack of explicit regulation the provisions of several legal rules can be used in such a way that they also serve to prevent or eliminate infringements of law caused by a failure to execute the law.

a) Among the guarantees serving to prevent infringements of the law caused by omission concerning execution, the most significant role is played by those legal rules or provisions of legal rules which ensure the organisational, personnel and material conditions of the execution.

b) The elimination of those infringements which are due to a failure to implement the law through omission can be served primarily by the development of control of execution or implementation. In the course of development such methods (procedures) have been established by which first of all the representative organs, the higher administrative organs and finally other state organs control the implementation of law by public administration. Even if these are not merely serving the control of implementation. In this sphere, however, methods of social control can also play a great role.

The control of the implementation of law is an obvious right and also the task of the representative organs in the state mechanism. Montesquieu explained that the legislature has the right and must have the opportunity to examine how the executive implements the laws enacted by the legislature.¹⁶ This right has not been doubted since the establishment of democratic government, along with the effort that parliamentary control should be extended. In addition to their legislative role, somewhat reduced in modern times, legislatures seek to control the activities of the whole public administration. This has served to compensate for a reduced legislative role. Parliament can call to account the government and the leaders of the central organs of public administration, exercise questioning and interpellation

rights and outside the plenary session exercise control through the activities of its permanent, temporary and special investigating committees. Furthermore, the above methods are largely available to local representative organs, too, to monitor administrative organs under their control. Despite the general nature of the control, parliament seeks to ensure that the administration does implement the law and to see how it implements the law.

The control of public administration by representative organs is a natural form of control on the administration. However, the higher administrative organs also necessarily participate in controlling the activities of the lower administrative organs, even without explicit reference in the law to this. Indeed, the possibility of higher administrative organs to control must obviously be within the competence of higher organs and is the basis of administrative hierarchy, at least as far as the control of legality is concerned. If a superior organ was not be entitled to do this, we could hardly talk about administrative hierarchy or an administrative organisational system, unity of administration, or the responsibility of administrative organs for the operation of other administrative entities. Therefore the competence sphere of the superior administrative organs includes the control of the legality of the operations of the lower level organs, including whether they implement the law. Generally speaking, the supreme organ of public administration, i.e. the Government, the general controlling organ of the government, the central and superior specialized organs of state administration as well as the horizontally and vertically superior administrative organs of local and regional government may have such rights which can be exercised, first of all, by asking for reports and making inquiries.

In several East-European countries not only the representative and superior administrative organs have been entitled to control the law-implementing activities of the public administration, but also the procurators' offices were designed — on the Soviet model — to protect, in general, legality. This was a very important organisational, i.e. exterior-law guarantee in the disclosure and elimination of infringements of the law due to failure to implement the law. Beside the activities of the procurators' offices which aimed at revealing administrative acts contrary to legal regulations, this role has also been emphasized by constitutions or laws on the procurators' offices in several countries, although it has not been regulated in detail. In Hungary the law on the procurators' offices did not even mention explicitly that the tasks of the procurator included the control of the implementation of law. Despite this fact the procurator was entitled to do so, because within its general supervision of legality it had the right, aiming at the elimination of the infringement of the law, to intervene with the heads of the administrative organs not merely in the case of "silence" of administrative law-making or law-application, but in every case when legal rules were infringed in some way and the organ, which was authorized to eliminate the infringement of law, did not take the necessary steps despite its obligation prescribed by law.¹⁷ This cannot be neglected even if the whole system of the procurators' general supervision of legality is now under reconsideration.

c) Various steps may be taken to correct an omission revealed in the course of control of the implementation of law. The controlling organ may not act, in general, instead of the omitting organ, but it has the right to initiate the correction

of the infringement of the law committed by omission (e.g. the procurator) or for a similar reason (mainly the superior organ) can give orders to proceed. Furthermore, the elimination of the infringement of the law (as well as the prevention of an infringement in the future) may be achieved by applying the rules of responsibility, too, which are very important substantive law guarantees of the enforcement of the law.

Responsibility for the implementation of law can be achieved first of all through the public law (political) responsibility of elected bodies and functionaries of public administration and through the disciplinary liability of public employees if they fail to implement the law. Generally there is no obstacle to apply these responsibility schemes. However, as far as, e.g. the criminal responsibility of public administrative employees is concerned, this can be applied only in such cases where the criminal law concretely penalises a failure to implement the law. For guarantee reasons limitless penalisation of a failure to implement the law is alien to the criminal law. In turn, for a failure to implement the law the establishment of tort liability is, in principle, always possible, e.g. under Hungarian law where the omission is due to a deliberate or negligent behavior, causes material damage, and there is a causal relationship between the act and the damage. This is the case even if an uncertain attitude is experienced in legislation concerning the establishment of tort liability even in "exterior administration". This was well expressed in the ministerial comment attached to § 349 of Act No. IV of the 1977 Civil Code, too. According to this judicial practice should develop ways how to evaluate delays in the official procedures of employees acting in an administrative capacity from the point of view of intention and negligence. Moreover, there should not be any obstacles to the "material" liability of the administrative employee if he has caused damage to his employer by his deliberate or negligent breach of duty committed through omission.

3. With the development of legal guarantees attention is paid first of all to guarantees intended to prevent and obtain redress for administrative actions which infringe the law. Moreover, from this point of view already the establishment of institutional, "direct" guarantees are characteristic. This is connected with the fact that "active" law infringement can usually be eliminated by a simple legal procedure, while in the case of a failure to implement the law the omitted action or series of actions should be done, and generally by the organ which was originally authorized to proceed. Aside from the prohibition on taking away competence it cannot be right that instead of the omitting organ some other body implements the law. Probably the relatively well-developed guarantees serving the prevention of and redress for law infringements by non-observation of the law can be explained by the fact, too, that society is less tolerant against active infringements, than against the mostly hidden infringements (omissions). In general and in the practice of the state organs as well.

a) Among the guarantees preventing illegal administrative actions legal knowledge has a significant role. This is promoted by proper educational prescriptions and legal advice at the public administrative organs. At the same time, among the guarantees aiming at the prevention of decisions infringing the law the formal legal regulation of procedures acquires more and more importance, because it creates procedural guarantees for taking legal and profound decisions based on real facts.

b) A very important precondition for the elimination of illegal administrative acts is to control observance of the law. The general control activities of the representative organs may have a role in this. However, the representative organs are less able to control individual infringements from the legal aspect by applying the traditional control methods. This fact has also contributed to the phenomenon that in Western countries, following the Swedish example, more and more has spread the institution of the parliamentary (or local) commissioner (ombudsman), whose primary task is to investigate either at the request of a representative, an individual, or ultimately at his own initiative, whether the public administration has observed the law. His task may be then to initiate the elimination of the infringements of the law. According to an Act of July 5, 1987 this institution operates in Poland also as the "spokesman for citizens' rights", and the establishment of an ombudsman's office was also contained in the general amendment to the Hungarian Constitution in 1989. Almost everywhere, however, this institution operates only as a "safety valve". Having in view the strengthening of the parliamentary control and the protection of the rights of the citizens it only complements the activity of those organs which are authorized to conduct regular professional control of the legality of public administration. Its procedure is not even built organically into the mechanism of the system of legal remedies. In these countries — but elsewhere, too — the regular professional control of the legality of public administration is primarily exercised by inner control, through administrative organs specialized in control and by the superior organs, both by outside initiatives and officially. However, a very important organisational law guarantee revealing infringements of the law is in some East-European countries that the procurators' offices, independent of public administration, also take part in the regular professional control of the legality of administrative acts and in initiating the elimination of the infringements of the law. This is of great importance even if their jurisdiction does not include, e.g. the control of the Government and does not necessarily include all the activities of public administration neither.

It is a special feature of the guarantee system serving the elimination of the infringements of the law in public administration that not only the organs which have committed the infringements, but the representative organs and the superior administrative organs may also be entitled to correct the unlawful situation, thus they may repeal or amend the acts of administrative organs which infringe the law. Naturally in the different countries there are considerable differences as to whether the representative organs have competence at all, and if they have, to what kind of administrative acts they may act upon. Furthermore, there are differences at the level of superior administrative organs, too. To ensure the supervision rights of the representative organs and the superior is, however, a special organisational law guarantee of the enforcement of the law as it makes possible direct and "objective" redress. Just like the supervision of public administrative acts by specialized administrative organs or courts. Then taking into account the differentiation of the organs authorized to supervise we can justly speak about a forum system for the supervision of public administrative acts, the establishment of which is motivated by reasons like this, but also by other aspects. E.g. in the Hungarian law depending on the fact whether the supervision of acts applying the law or other acts are concerned.

c) The responsibility rules built into the legal system certainly also promotes the elimination and prevention of those adverse consequences which are caused by illegal administrative actions. Moreover, we can say that the responsibility system of public administration primarily sanctions "active" illegality. E.g. in Hungarian law the employee of the public administration who infringes the duty to observe legal regulations can be called to account politically or in a disciplinary way. An employee of the public administration is responsible in every such case, when in the course of exercising his functions his actions collide with criminal law or rules concerning petty offences. If the public employee caused damage to a third party by his illegal behavior related to his job, his employer is liable for the damage caused to the injured party. (For damage caused "in administrative authority capacity" only if the injured party has used the regular law remedies available to obtain redress.) Furthermore, against the public administrative employee who infringes the duty to observe the law the material liability of the employee can be put forward if he has caused damage to his employer. It is another question that beyond the cases of political responsibility — similarly in cases of omissions — the responsibility can be ascertained only if the public administrative employee is culpable in law. Despite having been discussed in the literature¹⁸ for a relatively long time, there is no place for compensation, caused even for the third party, without the presence of culpability, although this could be a fundamental guarantee for the elimination of infringements of the law.

Notes

¹ *Locke, John*: Of Civil Government. Two Treatises. Book II, Chapters XI–XIII; *Montesquieu, Charles de Secondat*: The Spirit of the Laws. Book 14, Chapter VI.

² See *Gaudemet, Paul Marie*: Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux. In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge. Band 16*. Herausgegeben von Gerhard Leibholz. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1967, pp. 81 ff.

³ *Bihari, Ottó*: A szocialista államszervezet alkotmányos modelljei (Constitutional Models of Socialist State Organization). Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1969, pp. 25 ff.

⁴ *Kulcsár, Kálmán*: A társadalom és a jogalkotás (The Society and Law-Making). Jogtudományi Közlöny, No. 4/1981, p. 239.

⁵ See in details: *Quantitative Analyses of Law*. Ed. by *Heinz Schäffer* and *Attila Rácz*. Akadémiai Kiadó, Budapest 1990.

⁶ See *Duguit, Léon*: Traité de droit constitutionnel. Tome premier. Fontemoing et Cie, Éditeurs. Paris 1911. pp. 52–53; *Esmein, A.*: Éléments de droit constitutionnel français et comparé. Tome premier. Huitième édition. Revue par *Henry Nèzard*. Recueil Sirey, Paris 1927, pp. 28 ff.

⁷ See *Stuchka, P.*: Uchenie o sovetskomo gosudarstve i iego konstitutsii SSSR i RSFSR. 6th revised edition. Gosudarstvennoe Izdatelstvo, Moscow–Leningrad 1929, p. 239.

⁸ See *Kalinin, M. I.*: O sovetskomo stroitelstve (In: *Voprosi sovetskovo stroitelstva. Stati i rechi. 1919–1946*). Gosudarstvennoe Izdatelstvo Politicheskoi Literatury, Moscow 1958, p. 246.

⁹ See *Kuricyn, V. M.*: Perehod k NEP-u i revoliutsionnaya zakonnost. Izdatelstvo Nauka, Moscow 1972, pp. 41 ff.

¹⁰ *Voprosi gosudarstva i prava v trudah tovarisa Stalina*. Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo, No. 6/1939. See *Vishinsky, A. J.*: Voprosy teorii gosudarstva i prava, 2nd edition. Gosudarstvennoe Izdatelstvo Iuridicheskoi Literatury, Moscow 1949, pp. 239 ff.

¹¹ *Vishinsky*: Soudoustroistvo v SSSR. 1936, p. 43. (quoted by *Golunski, S. A.* and *Karev, D. S.* in their work titled "Uchebnik po soudoustroistvu"). Iuridicheskoe Izdatelstvo NKJU Sojuza SSR, Moscow 1939, p. 267.

¹² *Vedel, Georges*: Droit administratif. Quatrième édition augmentée. Presses Universitaires de France, Paris 1968, pp. 270 et seq; W. A. R.: Administrative Law. The New Encyclopaedia Britannica. Volume 1, 1974, p. 91.

¹³ A presentation of these efforts see: *Holló, András*: A "contra legem" méltányosság az államigazgatási-hatósági jogalkalmazásban (The "Contra Legem" Equity in the Administrative-Authoritative-Law Application). Államigazgatási Szervezési Intézet, Budapest 1981, pp. 3 ff.

¹⁴ See *Szamel, Lajos*: Törvényesség és méltányosság a szocialista államigazgatásban (Legality and Equity in the Socialist Public Administration). Állam- és Igazgatás, No. 2/1977, pp. 199 ff.

¹⁵ *Kilényi, Géza*: A méltányosság problémája az államigazgatási eljárásban (The Problem of Equity in Public Administrative Procedure). Manuscript, Budapest 1979, pp. 22 ff.

¹⁶ See *Montesquieu*: The Spirit of the Laws (Book 11, Chapter VI).

¹⁷ See § 16 and § 2 of Act No. V of 1972 on the Procurators' Offices.

¹⁸ See e.g. *Tomcsányi, Móric*: A vagyoni felelősség elve a közigazgatásban (The Principle of Material Responsibility in Public Administration). Politzer-féle Könyvkiadó Vállalat, Budapest 1905, pp. 92 ff; *Szamel, Lajos*: Az államigazgatás felelősségi rendszere (The Responsibility System of Public Administration). Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1986, pp. 169 ff.

Das österreichische Verwaltungsverfahren

Eine Kodifikation für Rechtsstaat und moderne Verwaltungsführung

HEINZ SCHÄFFER

I

Zur Vorgeschichte der Kodifikation

1. Die Zeit der Monarchie

1. In älterer Zeit (bis 1848) wurde die Verwaltung als eine „freie“, allein vom Zweck bestimmte Tätigkeit angesehen,¹ was die Ausbildung eines förmlichen Prozeßrechtes analog zum Zivil- und Strafprozeß als nicht notwendig bzw. sogar nicht tunlich erscheinen ließ. Ein Verfahren, sofern man von einem solchen überhaupt sprechen kann, bildete sich nur gewohnheitsrechtlich in der Praxis oder mittels amtsinterner Instruktionen heraus, während es im Justizwesen bereits ein relativ durchgebildetes Verfahrensrecht gab (man denke etwa an die Allgemeine Gerichtsordnung von 1781). Zu erwähnen ist aus dieser Zeit ein Patent von 1781 über das Verfahren in Untertansachen:² Darin war in großen Zügen das Verfahren bei Beschwerden von Untertanen gegen ihre Grundherrschaft geregelt. Im übrigen wurde aber nach der praktischen Erwägung (sog. Konvenienz) der Behörden, insb. auf Grund interner Weisungen vorgegangen: Prozessuale Rechte wurden nicht anerkannt.³

2. Bei dieser Rechtslage blieb es jedenfalls den ganzen „Vormärz“. Denn erst nach der (ersten) Etablierung des Konstitutionalismus nach der März-Revolution von 1848 wurden die Grundherrschaften abgeschafft. Als kurz darauf (1849) wieder der Neoabsolutismus siegte, konnte der Liberalismus seine rechtsstaatlichen Postulate nach Gewaltentrennung und Rechtsschutz nicht durchsetzen. Auf der untersten Organisationsstufe der Staatsorgane bestanden „gemischte Bezirksämter“, die die Funktionen der Gerichte erster Instanz und der staatlichen Verwaltung vereinigten (keine Gewaltentrennung!). Und für die Verwaltungstätigkeit gab es weiterhin vor allem Amtsinstruktionen. Zu nennen sind hier zwei Rechtsakte aus der Mitte des 19. Jahrhunderts.

Die kaiserliche Verordnung von 1854 betreffend die Vollstreckung,⁴ wegen der darin ausdrücklich erlaubten körperlichen Züchtigung auch „Prügelpatent“ genannt, regelte die Einbringung von im Verwaltungsrecht wurzelnden Geld- und Naturalleistungen aller Art: Es bedeutete zugleich eine ziemlich unbeschränkte Ermächtigung an die Behördenden, die in der Wahl der Mittel frei waren bis hin zur Prügelstrafe. Die Verordnung wurde auch von Zeitgenossen als ein „Unikum, welches die schrankenlosesten Entscheidungen, die schrankenloseste Willkür der administrativen Behörden erweckt“,⁵ kritisiert.

Die Amtsinstruktion für die Bezirksämter⁶ stellte unter anderem gewisse Grundsätze für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden auf. Man findet dort z. B. Befangenheitsbestimmungen und eine prinzipielle Beschreibung des Verfah-

renganges „rücksichtlich der politischen Geschäfte“.⁷ Schon damals hatten die Grundsätze der Einfachheit und Wirtschaftlichkeit als wichtige Maximen zu gelten. (Insgesamt enthielt diese Amtsinstruktion vor allem Dienstrechtsvorschriften für die Beamten und Kanzleivorschriften; nur punktuell waren echte Verfahrensregelungen eingesprenzt.)

3. Erst in der konstitutionellen Monarchie (1867—1918) kam es unter dem Einfluß der konstitutionellen Bewegung letztlich zu einem Bewußtseinswandel im Bereich der Verwaltung. Ein entscheidender Durchbruch zum modernen Rechtsstaat erfolgte in Österreich mit der Dezemberverfassung von 1867.⁸ Sie enthält bereits ein klares Bekenntnis zum Gesetzmäßigkeitsprinzip (Art. 11 des Staatsgrundgesetzes über die Regierungs- und Vollzugsgewalt).

Zwar blieb noch längere Zeit umstritten, welche Materien gesetzlich geregelt werden müssen. Eine der wichtigsten war aber jedenfalls die Schaffung durchsetzbarer Rechte — und damit die Forderung nach einem effektiven Rechtsschutz. Eine wichtige Konsequenz dieses Anschauungswandels war vor allem die Errichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1876. Der neue Verwaltungsgerichtshof hatte in allen Fällen zu entscheiden, in denen jemand eine Rechtsverletzung durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde (Staats-, Landes-, Bezirks-, Gemeindeverwaltung) behauptete. Zur wichtigsten Norm für die Geschichte des Verwaltungsverfahrens wurde der § 6 des Gesetzes, betreffend die Errichtung des Verwaltungsgerichtshofes:⁹ Danach hatte der Gerichtshof den Auftrag, verwaltungsbehördliche Entscheidungen auch wegen Verfahrensmangels aufzuheben (nämlich dann, wenn „wesentliche Formen des Administrativverfahrens außer acht gelassen worden“ waren). Die große Schwierigkeit für den Gerichtshof bestand nun darin, daß es damals kaum explizite Verfahrensvorschriften gab. In dieser unbefriedigenden Situation wurde der Verwaltungsgerichtshof geradezu „rechtsschöpferisch“ tätig, indem er gleichsam nach „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ (er berief sich auch auf diese allgemeine Rechtsgewinnungsregel des § 7 ABGB) Kriterien dafür entwickelte, was „wesentliche Formen“ des Administrativverfahrens sind. So hat er in seiner Judikatur die Prinzipien und viele Einzelregeln des Verwaltungsverfahrens herausgearbeitet. 50 Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofes bildeten später eine wesentliche Grundlage der heute noch in Geltung stehenden Kodifikation (von 1925).

Als um die Jahrhundertwende eine umfassende Verwaltungsreform diskutiert wurde, hat man die Kodifikation des Verwaltungsverfahrens als Teil einer notwendigen großen Reform angesehen. Schon in den von Ministerspräsident Koerber in Auftrag gegebenen „Studien über die Reform der inneren Verwaltung“ 1904 wird der „Mangel an ausdrücklichen Vorschriften für das Administrativ-Verfahren“ moniert und festgestellt, daß einerseits zahlreiche Lücken bestünden (z. B. die Regelung der Parteistellung und Gültigkeitserfordernisse für behördliche Entscheidungen); andererseits hätten „nebensächlichere Punkte wie die Rechtsmittelbelehrung eine umständliche, übrigens auch verworrene Regelung erfahren“.

Im Rahmen einer 1911 eingesetzten „Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform“ wurde sogar ein „Entwurf einer Ministerialverordnung, mit der Grundsätze des Verfahrens vor den politischen Behörden festgestellt werden“, verfaßt.¹⁰ Der Ausbruch des 1. Weltkrieges verhinderte jedoch jeden weiteren Fortschritt in dieser Richtung.

2. Die Republik (ab 1918) und die Kodifikation von 1925

Am Anfang der Republik, bei der Schaffung der Bundesverfassung im Jahre 1920 war die Verfahrensreform eines der wichtigsten rechtspolitischen Ziele. Und man war sich im klaren darüber: die Zuständigkeit zur Regelung eines einheitlichen Verfahrens mußte im Bundesstaat dem Bund vorbehalten werden.¹¹

Den entscheidenden Impuls für die Schaffung der Verwaltungsverfahrensgesetze gaben schließlich der wirtschaftliche Staatsnotstand und die zu seiner Sanierung vereinbarte internationale Finanzhilfe. In den sog. „Genfer Protokollen“¹² hatte sich Österreich zu einer radikalen Vereinfachung seiner Verwaltung zu verpflichten. Zur Ausführung dieses Reformprogramms diente das Wiederaufbaugesetz, das auch eine Vereinfachung und Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens vorsah.¹³ Zu den wichtigsten Zielen der Reform zählte eine möglichst umfassende (d. h. möglichst viele Bereiche des Verwaltungsrechtes einbeziehende) einheitliche Gesetzesgrundlage des Verwaltungsverfahrens, aber auch die Verfolgung des Grundsatzes der Vereinfachung. Bei der Ausarbeitung der Gesetzesentwürfe konnte einerseits auf die langjährigen Vorarbeiten und die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zurückgegriffen werden, zum Teil hat man auch völlig neue Wege beschritten. Als Ergebnis wurde 1925 ein Gesetzespaket beschlossen, das in der thematischen Gliederung dem Vorbild der Justizgesetzgebung¹⁴ folgte und das aus Gesetzen besteht:

1. Das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG): Es zählt insb. die Behördenkategorien auf, die die Verwaltungsverfahrensgesetze anzuwenden haben, die Ausnahmen vom Anwendungsbereich sind nach Materien umschrieben. Außerdem enthält das EGVG gewisse polizeistrafrechtliche Bestimmungen.

2. Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) enthält allgemeine Verfahrensnormen nach einem abstrakten Modell des Verfahrensganges.

3. Das Verwaltungsstrafgesetz (VStG) bietet in einem 1. Teil allgemeine Bestimmungen des materiellen Verwaltungsstrafrechts (ist insofern kein Verfahrensrecht!), im 2. Teil spezifische Vorschriften über das Verwaltungsstrafverfahren.

4. Das Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VVG) ist eine Verwaltungsexekutionsordnung. Zu erwähnen ist schließlich

5. das Verwaltungsentlastungsgesetz (VEG). Es betraf das Verwaltungsverfahren nur am Rande und soll daher in diesem Rahmen nicht weiter erörtert werden. (Seine Funktion bestand vor allem darin, die materiell-rechtlichen Bestimmungen in den einzelnen Verwaltungsgesetzen wesentlich zu vereinfachen.)¹⁵

Damit war ein dauerhaftes Regelungswerk geschaffen worden, das mit zeitbedingten Änderungen und Ergänzungen im wesentlichen heute noch in Geltung steht.

II

Prinzipien und Charakteristika der österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze

1. Bis zur Erlassung der Verfahrensgesetze waren Verfahrensregeln — wenn überhaupt — jeweils in den das betreffende Verwaltungsgebiet regelnden Vorschriften mitgeregelt. (Verfahrensrecht wurde stets als Annex zum materiellen Recht behandelt!) Ein Grundgedanke der Kodifikation war aber nun, daß die Vielgestaltigkeit der Verwaltung im materiellen Bereich wurzelt und daß die materiellen Rechtsverhältnisse nur in ganz bestimmten Fällen besondere Verfahrensregeln erfordern. (Dieser Grundsatz konnte allerdings wegen der großen Unterschiedlichkeiten mancher Verwaltungsmaterien nicht ganz streng durchgeführt werden.) Darum muß man auch heute noch neben den Verfahrensgesetzen auch das jeweilige Materiengesetz konsultieren, um allfällige Verfahrensbesonderheiten, also *leges speciales*, aufzufinden, insofern gilt Subsidiarität der Verfahrenskodifikation! Im allgemeinen kann festgehalten werden: Die Loslösung des Verfahrensrechts vom materiellen Verwaltungsrecht und die einheitliche Zusammenfassung in eigenen Gesetzen bewirkten jedenfalls im Laufe der Zeit auch eine größere Dauerhaftigkeit der Verfahrensnormen. Neuerungen im materiellen Recht waren nicht mehr notwendigerweise mit Verfahrensänderungen verbunden.

2. Weiters bedeuten die Verfahrensgesetze die Schaffung von „wirklichem Verfahrensrecht“. Sie schufen nicht nur objektives Recht, sondern garantieren endgültig auch subjektive verfahrensrechtliche Ansprüche. Solange die Verfahrensregelungen nur den Charakter von Amtsinstruktionen an untergeordnete Behörden hatten, konnte sich der Bürger nicht darauf berufen. Jetzt wurde der Bürger wirklich vom Objekt zum Subjekt des Verfahrens und zum Partner der Behörde im Verfahren.

3. Ein besonders wichtiges Ziel bei der Schaffung der Gesetze war es, den Grundsatz der Einfachheit des Verfahrens zu verwirklichen, allerdings unter voller Wahrung der Parteienrechte.

In dieser Situation wählte man einen anderen Weg als bei den Justizverfahrensgesetzen. Statt detaillierte, kasuistische, jede Verfahrensverästelung berücksichtigende Vorschriften zu schaffen, entschied man sich für leitsatzartige Normen, die für möglichst viele Behördengattungen geeignet sein sollten, so daß abweichende Spezialregelungen weitgehend hintangehalten wurden. (Ausgenommen blieben vor allem die Angelegenheiten der Finanzverwaltung und die Angelegenheiten des Dienstverhältnisses der öffentlich Bediensteten, weil hier grundlegende Reformen des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts geplant waren. Auf diese Materien komme ich noch gesondert zu sprechen.)

4. Betrachtet man das österreichische Verwaltungsverfahren im Überblick, so zeigen sich gewisse allgemeine Grundsätze, die sich gleichsam wie rote Fäden¹⁶ durch diese Kodifikation ziehen.

a) So gilt vor allem die *Offizialmaxime*, also die Amtswegigkeit des Verfahrens in nahezu jeder Hinsicht (Wahrnehmung der Zuständigkeit, der Organbefangenheit, Vorladung der Parteien, Fristenänderung, Sachverhaltsfeststellung usw.). Die

Verhandlung wird — ungeachtet des Umstandes, ob es sich um ein von amtswegen oder auf Parteienantrag eingeleitetes Verfahren handelt — ausschließlich von der Behörde fortgeführt, unterbrochen, vertagt, eingestellt und abgeschlossen, ist also nicht wie im Zivilprozeß von Parteienanträgen geleitet (kein „Parteienbetrieb“).

b) Der aus dem Zivilprozeß übernommene Grundsatz der freien Beweiswürdigung steht im Verwaltungsverfahren im Dienste der Feststellung der objektiven (materiellen) Wahrheit durch die Behörde.

Die Behörde darf sich also nicht damit begnügen, daß eine Tatsachenbehauptung nicht bestritten wird, wenn Zweifel an deren Richtigkeit besteht. Im übrigen gibt es keine Beschränkung der Beweismittel: Es kommt alles in Betracht, was zur Feststellung des Sachverhalts geeignet und im konkreten Fall zweckdienlich ist (Gleichwertigkeit der Beweismittel). Die Beurteilung unterliegt keinen starren Beweisregeln, sondern nur den Denkgesetzen. Hinsichtlich der einzelnen Beweismittel, insb. hinsichtlich der Urkunden, können die Regeln der ZPO subsidiär herangezogen werden.

c) Ein weiterer elementarer Grundsatz ist der Schutz subjektiver Parteienrechte. Er verwirklicht sowohl rechtsstaatliche wie auch demokratische Gedanken. Der von der individuellen Norm Betroffene ist an deren Erzeugung beteiligt, er ist Subjekt, nicht Objekt des Verfahrens! Ein großer Fortschritt der neuen Gesetze war daher die Definition der Begriffe „Partei“ und „Beteiligter“.¹⁷

Die frühere Unterscheidung in Rechtssachen und Ermessenssachen wurde damit aufgegeben. (Auch wenn man keinen Anspruch auf eine bestimmte Art der Erledigung hat, hat man doch als Verfahrenspartei formelle Rechte, insbesondere einen Anspruch auf Entscheidung.) An den Parteibegriff sind auch die wichtigsten Rechte im Verfahren gebunden: Akteneinsicht, Recht auf Einhaltung der Zuständigkeitsbestimmungen, auf ordnungsgemäße Zustellung, natürlich auf Gewährung des rechtlichen Gehörs, Bescheidausfertigung und nicht zuletzt das Recht der Geltendmachung der behördlichen Entscheidungspflicht. (Die Entscheidungspflicht wird realisiert durch einen Devolutionsantrag an die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde bzw. letztlich durch Säumnisbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.)

d) Weiters ist zu erwähnen, daß bei den österreichischen Verwaltungsbehörden ein beschränkt öffentliches, schriftlich und mündlich gemischtes Verfahren durchzuführen ist; die „beschränkte Öffentlichkeit“ umfaßt die Parteien. Ein grundsätzlich unbeschränkt öffentliches Verfahren wie in Zivil- und Strafsachen hat sich im österreichischen Verwaltungsverfahrensrecht bis heute nicht durchgesetzt, und zwar überwiegend aus praktischen Gründen.

Eine teilweise Änderung dieser Struktur wird ab 1991 eintreten, wenn sog. „unabhängige Verwaltungssenate“ als Berufungsinstanzen eingerichtet werden. (Die Grundlage hiefür schuf die Bundesverfassungsnovelle, 1988 BGBl 685, vor allem um den Anforderungen der MRK auf dem Sektor des Verwaltungsstrafrechts zu entsprechen.) Die Organisationsnormen sehen jedoch keine Beschränkung auf das Verwaltungsstrafrecht vor, und es wird daher vom einfachen Gesetzgeber (Bundes- oder Landesgesetz) abhängen, für welche Materien solche „Tribunale“ als zweite Instanz vorgesehen werden, die durch rechtskundige Beamte in einem grundsätzlich öffentlichen Verfahren entschieden werden (eine Art „unechte Verwaltungsgerichtsbarkeit“).

e) Für Amtshandlungen ist in der Regel keine bestimmte Form vorgeschrieben. Parteien und Behörden haben die Wahl zwischen Schriftlichkeit oder Mündlichkeit mit Ausnahme der Berufung oder befristeter Eingaben; für diese wird Schriftlichkeit gefordert. Manche Materiengesetze sehen allerdings eine mündliche Verhandlung zwingend vor. Das gilt vor allem für jene Materien, in denen Projektbewilligungen ein Mehrparteienverfahren bedingen; z. B. im Baurecht, im Wasserrecht, bei gewerblichen Betriebsanlagen. In solchen Fällen gibt es zur Erfassung unbekannter Parteien ein „Ediktalverfahren“ — dieses hat auch die Wirkung, daß sich Parteien, die sich nicht rechtzeitig melden, mit ihren Rechten verschweigen und „präkludiert“ werden.

f) Aus Gründen der Zweckmäßigkeit gilt der Grundsatz der Unmittelbarkeit, wonach dasselbe Organ verhandelt, Beweise aufnimmt und entscheidet, als nicht zwingend. Denn die Beweisaufnahme kann auch durch beauftragte bzw. ersuchte Behörden geschehen.

g) Oberste Richtlinien für das Verhalten der Behörden sind Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Raschheit bei der Durchführung des Verfahrens. Diesem ausdrücklich normierten Grundsatz dienen verschiedenste Einzelanordnungen wie z. B. die Unzulässigkeit der gesonderten Berufung gegen bloß verfahrensleitende Anordnungen, die Verpflichtung der Berufsbehörden zur meritorischen Entscheidung (grundsätzlich keine Zurückverweisung an die 1. Instanz) und die Entscheidungspflicht der Behörde binnen sechs Monaten.

Schließlich kann man noch aus der gesamten Gruppe der Verwaltungsverfahrensgesetze die Ziele der Einheitlichkeit, Rechtsgleichheit bzw. Rechtssicherheit herauslesen. Das war ja auch Sinn und Zweck der ganzen Verwaltungsverfahrensreform. Von dem Streben nach möglicher Einheitlichkeit wurde schon gesprochen. Ein wesentliches Element ist z. B. der umfassende Anwendungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze.¹⁸ Außerdem versuchte man, Rechtseinheitlichkeit dadurch herzustellen, daß Bestimmungen aus anderen Gesetzen, namentlich das Beweisrecht der ZPO, übernommen wurden. (Erst wesentlich später, 1982, ist das Zustellrecht vereinheitlicht worden.) Für die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit ist das Parteiengehör entscheidend: „Zweck des Ermittlungsverfahrens ist, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben“ (§ 37 AVG). Das Parteiengehör ist noch in einer Reihe anderer Bestimmungen verankert (Mitwirkung an einer mündlichen Verhandlung, Beweisangebote, Beweiserörterung, Äußerungsrecht im Berufungsverfahren, Akteneinsicht).

III

Die einzelnen Verfahrensgesetze — ihr Inhalt und ihre Weiterentwicklung im Laufe der Zeit

1. Das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG)

Es enthält — in gewissem Gegensatz zu seinem Titel — keine zeitgebundenen Übergangsvorschriften, sondern Regeln, die für das gesamte Paket der Verwaltungsverfahrensgesetze von Bedeutung sind. Seine zentrale Bestimmung ist der Art. II, der den Anwendungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze mittels Aufzählung der ihnen unterliegenden Behörden festlegt. Außerdem enthält das Gesetz einen subsidiären Strafsatz (wenn das Materiengesetz die Höhe der Strafe nicht bestimmt) und einen kurzen Katalog von Verwaltungsstraftatbeständen, zumal ein vollständiger Verwaltungsstrafkodex bis heute (noch) nicht erlassen wurde.

2. Das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG)

Dieses Gesetz bildete den Kern der Reform von 1925. (Es ist übrigens auch im Verwaltungsstrafverfahren mit Ausnahme einiger ausdrücklich aufgezählter Bestimmungen [§ 24 VStG] und im Verwaltungsvollstreckungsverfahren teilweise [§ 10 VVG] anzuwenden.)

a) Der Gesetzesinhalt ist im wesentlichen ein Kondensat der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Hinsichtlich der Form ist das Gesetz der ZPO nachgebildet, allerdings auf einem höheren Abstraktionsniveau und unter stärkerer Komprimierung der Materie. (Enthält die ZPO ca. 600 Paragraphen, so weist das AVG nur ungefähr 80 Paragraphen auf!) Das AVG ist das ausgefeilte Ergebnis jahrzehntelanger Vorbereitung, es baut zum Teil auf der ZPO auf und „schildert“ das Modell eines Verfahrensganges von der Einbringung einer Eingabe bis zur Kostenentscheidung.

Der 1. Teil (§§ 1—36) enthält allgemeine Bestimmungen. Hinsichtlich der Zuständigkeit wird auf die besonderen Verwaltungsvorschriften verwiesen, Zuständigkeitsstreitigkeiten sollen von einer gemeinsamen Oberbehörde entschieden werden. § 7 umschreibt die Gründe der Befangenheit, aus denen sich ein Verwaltungsorgan in der Regel der Amtsausübung zu enthalten und seine Vertretung zu veranlassen hat. § 8 definiert, wie erwähnt, die Begriffe „Beteiligte“ und „Parteien“ und räumt den letzteren (die nicht nur ein faktisches, sondern ein rechtliches Interesse haben) im Verfahren eine bevorzugte Stellung ein. §§ 13 ff. regeln den Verkehr zwischen Behörden und Beteiligten im allgemeinen (Anbringen, Protokolle, Aktenvermerke, Erledigungen, Ladungen). Von besonderer Bedeutung sind hier eine allgemeine Pflicht der Behörde zur Anleitung und Rechtsbelehrung (Manduktion, § 13a) und die Regeln über die Akteneinsicht (§ 17). Die Behörde hat, sofern durch Rechtsvorschriften nichts anderes bestimmt ist, den Parteien Einsicht und Abschriftnahme der Akten und Aktenteile zu gestatten, deren Kenntnis zur

Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Von der Akteneinsicht ausgenommen sind Beratungsprotokolle, Amtsvorträge, Erledigungsentwürfe und sonstige Schriftstücke, deren Einsichtnahme durch die Parteien eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde.

Der 2. Teil des AVG regelt den Ablauf des Verwaltungsverfahrens in 1. Instanz (Ermittlungsverfahren). Das Gesetz stellt nur die (schon skizzierten) beherrschenden Grundsätze auf und läßt den Behörden bei der elastischen Anwendung weitgehende Freiheit. (Eingehender geregelt sind nur der Gang der mündlichen Verhandlung und das Beweisverfahren).

Der 3. Teil (§ 56—62) handelt eingehend vom Bescheid (dem förmlichen Verwaltungsakt) als Ergebnis des Verwaltungsverfahrens.

Der 4. Teil behandelt unter dem Titel „Rechtsschutz“ das administrative Rechtsmittelverfahren: Neben dem ordentlichen Rechtsmittel (Berufung) stehen als außerordentliche Rechtsmittel die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Wiederaufnahme des Verfahrens. Außerdem regelt das Gesetz in diesem Abschnitt auch die Frage der Bestandskraft von Verwaltungsakten mit einer Abwägung zwischen den Prinzipien Rechtssicherheit (Vertrauensschutz) einerseits und Rechtsrichtigkeit andererseits: Ein Widerruf oder eine Abänderung von Verwaltungsakten ist grundsätzlich nur zugelassen, wenn diese notwendig ist, um Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen oder schwere Schäden von der Volkswirtschaft abzuwenden. Außerdem können Verwaltungsakte von Amts wegen für nichtig erklärt werden (d. h. also in Wahrheit: „vernichtet“ bzw. wegen qualifizierter Rechtswidrigkeit aufgehoben werden) in vier Fällen besonders schwerer Fehlerhaftigkeit:

- wegen Unzuständigkeit der Behörde oder bei nicht richtiger Zusammensetzung einer Kollegialbehörde;
- bei tatsächlicher Undurchführbarkeit;
- bei Verstoß gegen ein Strafgesetz; und schließlich dann,
- wenn der Bescheid wegen eines Fehlers durch eine Rechtsvorschrift ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht ist (§ 68 Absatz 4 AVG).

b) Der komprimierte Gesetzestext hat naturgemäß auch gewisse Nachteile mit sich gebracht. Es gibt im AVG auch echte Regelungslücken, die derzeit in der Praxis durch Deduktion aus den allgemeinen Prinzipien gefüllt werden (müssen). Ein Beispiel einer solchen Regelungslücke bildet das Fehlen einer allgemeinen Regelung über die Zulässigkeit für die Voraussetzungen eines Feststellungsbescheides (im Gegensatz zu der in der ZPO ausdrücklich normierten Feststellungsklage). Die österreichischen Höchstgerichte nehmen hier an, daß ein Feststellungsbescheid zulässig ist, wenn er im öffentlichen Interesse oder im rechtlichen Interesse einer Partei gelegen ist. (Sie wenden dabei die Kriterien des § 228 ZPO analog an.)

c) Zur Anpassung an die fortschreitende Entwicklung ist folgendes zu bemerken.

Insgesamt erwies sich das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz als sehr ausgewogen und ziemlich „novellierungsresistent“. Der in letzter Zeit verstärkt propagierten „Service-Orientiertheit“ der Verwaltung dient die neu eingeführte

Manuduktionspflicht der Behörden; sie besteht darin, daß die Behörden nicht nur die bekannte Rechtsmittelbelehrung geben müssen, sondern darüber hinaus die Parteien während des Verfahrens anleiten sollen. Eine weitere Perfektionierung des Rechtsschutzes wurde dadurch bewirkt, daß in letztinstanzlichen Bescheiden außer der Rechtsmittelbelehrung kein Hinweis auf die Beschwerdemöglichkeit bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts anzuführen ist.

Im wesentlichen mußte das AVG nur an die fortschreitende technische Entwicklung angepaßt werden.¹⁹ Ausdruck dieser Entwicklung ist die Einführung des sog. Computer-Bescheides (mit Computer erstellte Ausfertigungen), der — was bedenklich und umstritten ist — keiner Unterschrift oder Beglaubigung bedarf;²⁰ im Zusammenhang damit wurde der Behörde übrigens auch ausdrücklich ein jederzeitiges Berichtigungsrecht für Schreib- und Rechenfehler eingeräumt, die aus technisch mangelhaftem Betrieb einer EDV-Anlage resultieren. Weiters wurde der Einsatz von Diktaphonen bei der Aufnahme der Verfahrensprotokolle zugelassen; es wurde ferner anerkannt, daß beglaubigte Fotokopien wie die Originale öffentliche Urkunden sind, und den Parteien wurde die Anfertigung von Aktenkopien (auf eigene Kosten) gestattet, während früher nur Abschriften möglich waren.

Ein besonderer Problemkreis von hoher Aktualität betrifft die Aktenführung mit Hilfe neuer Technologien, und zwar sowohl vom verwaltungswissenschaftlichen wie vom verwaltungsrechtlichen Standpunkt.

Die Vorteile und die besondere Attraktivität der neuen Technologien für die Führung von Verwaltungsakten liegen auf der Hand: enorme Speichermöglichkeiten (bei geringem Platzbedarf), direkte Abfragemöglichkeiten, Verknüpfungsmöglichkeiten, schnellere und saubere Enderledigungen, umfassende Bürokommunikation durch Verteilung von Dokumenten und darin enthaltenen Daten.

Weniger erörtert werden vorläufig noch die möglichen Nachteile gegenüber der traditionellen Büroorganisation und Aktenführung. Diese Probleme sollen im folgenden skizziert werden.

aa) Die für manche abstoßende Vorstellung eines völlig „papierlosen Büros“ (nur mehr Bildschirmgeräte und Datenträger) wird sich wahrscheinlich ohnedies nicht völlig durchsetzen. Zu einer so radikalen Umstellung werden Führungskräfte nicht gezwungen werden können, wenn sie etwa aus Gewohnheit oder aus Gründen der praktischen Handhabbarkeit oder der Vertraulichkeit an der traditionellen papierenen Unterlage („Handakten“) festhalten wollen.

bb) Ein weiteres, bisher nicht ausreichend erörtertes Problem besteht darin, wie bei unmittelbarer Bildschirmarbeit die Verantwortlichkeit für einzelne Arbeitsschritte im Rahmen der arbeitsteiligen Ausarbeitung komplizierter Verwaltungsentscheidungen dokumentiert werden kann. Durch die extrem einfache Korrektur auf dem Datenträger via Bildschirmeingabe werden Entscheidungskonzepte und Regelungsentwürfe vielfach verändert, ohne daß im Regelfall die einzelnen Arbeitsschritte und Entwurfsstadien sowie der Anteil der einzelnen Bearbeiter noch sichtbar wäre. Das ist sowohl für die Verantwortlichkeit wie für die Leitungsbeurteilung ein Nachteil.

cc) Die zuvor erwähnten Nachteile des Entfalls einer Dokumentation der Verwaltungsvorgänge drohen sich vom Standpunkt einer entwicklungs- und geschichtsbewußten Verwaltungsführung noch zu potenzieren. Falls die Daten der Verwaltung und die Verwaltungsvorgänge im wesentlichen doch „papierlos“ wer-

den sollten, entfällt zwar weitestgehend das Problem der Archivierung. Es wird jedoch schon in naher Zukunft und noch mehr in fernerer Zukunft enorm schwierig sein, Quer- und Längsschnittanalysen früherer Verwaltungszustände vorzunehmen. Auf diese Gefahr ist nicht nur vom längerfristigen Standpunkt des Interesses an historischer Wahrheit hinzuweisen. Wer je in der praktischen Verwaltung, insb. in Zentralstellen tätig war, kennt den enorm hohen Wert der „Vorakten“. Rechtliche, politische und praktische Überlegungen, die sich in früheren Aktenvorgängen niedergeschlagen haben, sind oft Jahre und sogar Jahrzehnte später noch bedeutsam. Sie sind ein wichtiger Fundus an Erfahrungen und ein Argumentationsvorrat, auch wenn manche dieser Überlegungen nicht allgemein bekannt geworden sind. Sind sie aber nicht (mehr) dokumentiert, dann geht sowohl das Element der Tradition als auch der mögliche Rückgriff auf den vorhandenen Erfahrungsschatz verloren.

Die bisher angeführten Gesichtspunkte betreffen das Innenleben der Verwaltung (Organisation und Arbeitsabläufe). Gravierende Probleme können sich aber auch für die Bürger ergeben, und zwar:

dd) Die Akteneinsicht wäre bei vollelektronischer Aktenführung für den außenstehenden Laien erschwert und könnte u. U. in unzulässiger und unkontrollierbarer Weise eingeengt werden. Der Bürger wäre dann weitgehend vom guten Willen und der Redlichkeit der Verwaltung abhängig, was und wieviel sie ihm von ihren Akten und ihrem Informationsstand offenlegt.²¹

ee) Computerbescheide sind zum Teil schon Realität. Anfangs konnten nur sehr einfache und schematische Entscheidungen auf diese Weise getroffen werden. Mittlerweile werden auch schon wesentlich kompliziertere Verwaltungsentscheidungen mit Standprogrammen erledigt (z. B. Zoll und bestimmte Steuern). Der Vorgang ist dabei der, daß eine eigene Datenerfassungsstelle nach genauer Anweisung der Sachbearbeiter die Daten eingeben und das Standardprogramm zur Ausführung bringen muß. Die Trennung routinisierbarer Aufgaben von den eigentlich (meist juristisch) qualifizierten Aufgaben eines verantwortlichen Sachbearbeiters bleibt also bestehen. Bei massentypischen Erledigungen (Sozialversicherung, Steuern) hat die neuere Gesetzgebung bereits generell davon abgesehen, daß durch eine Unterschrift dokumentiert sein muß, ob und von wem tatsächlich ein behördlicher Wille gebildet wurde.²²

ff) Elektronische Kommunikation zwischen Behörden und Parteien: Schließlich soll nicht unerwähnt bleiben, daß jüngst in Österreich ein Gesetzesentwurf²³ zur Begutachtung und Diskussion stand, der den Verkehr zwischen Behörden und Parteien mittels neuer Bürogeräte und Techniken (z. B. Telekopierer, Telefax, Bildschirmtext) ermöglichen und rechtlich ordnen will, nachdem ein Schritt in diese Richtung im Gerichtsbereich bereits vollzogen worden ist.²⁴ Neben der schon bisher zugelassenen Form der telegraphischen Ausfertigung sollen künftig auch Fernschreiber und alle Formen der automationsunterstützten Datenübertragungen zulässig sein.

— Da sich die Nachrichtenübermittlungstechniken zum Teil beträchtlich unterscheiden, sollen auch die rechtlichen Anforderungen an die Form im Verfahren unterschiedlich geregelt werden. Soweit (wie etwa bei der Fernkopie) die Übertragung in Form einer genauen Wiedergabe des Originals möglich ist, besteht kein Anlaß, von den allgemeinen Anforderungen (wie Unterschrift und Beglaubigung)

abzusehen. Wo dies aber nicht möglich ist, sollen Erleichterungen gelten: Die bloße Beisetzung des Namens des Genehmigenden soll ausreichen. Der Motivenbericht erkennt übrigens durchaus auch mögliche Probleme mit dem Datenschutz und legt den Behörden nahe, die neuen Übermittlungstechniken nur anzuwenden, wenn unbefugte dritte Personen keine Kenntnis erlangen können oder wenn der Betroffene zugestimmt hat.

— Der Entwurf sieht auch die notwendigen Kautelen im Zustellrecht vor: Bei Benutzung der erwähnten Techniken soll die Zustellung als bewirkt gelten, wenn die vollständige Ankunft beim Empfänger vom Übertragungsgerät bestätigt ist, soweit das nach der verwendeten Übertragungsart möglich ist. Im Zweifel soll es der Behörde obliegen, die Tatsache und den Zeitpunkt der Zustellung nachzuweisen.

— Im Abgabenverfahren sind — der technischen Entwicklung auf dem Gebiet des Abgabewesens Rechnung tragend — durch eine Novelle der Bundesabgabenordnung (BGBl 1989/660) jüngst schon Regelungen geschaffen worden, wonach Anbringen, für die Schriftlichkeit gefordert oder zugelassen ist, auch im Wege automationsunterstützter Datenübertragung bei der Abgabenbehörde eingereicht werden können. Die Zulässigkeit des Einsatzes solcher Technologien ist allerdings der Konkretisierung durch eine Verordnung vorbehalten.²⁵ Die Abgabenbehörde kann jedoch in wichtigen Fällen dem einzelnen die unterschriebene Bestätigung seines Anbringens auftragen; wird diese nicht fristgerecht erbracht, so gilt der Antrag als zurückgezogen.

3. Das Verwaltungsstrafgesetz (VStG)

Der Gesetzestitel ist etwas irreführend, denn das VStG bildet keinen Verwaltungsstrafkodex. Die einzelnen Verwaltungsstraftatbestände sind vielmehr in den verschiedenen Materiengesetzen erfaßt und normiert. Das VStG enthält hingegen in seinem ersten Teil allgemeine Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtes, im zweiten Teil die Grundsätze des Verwaltungsstrafverfahrens. Auch das VStG bewährte sich in der Praxis und erfuhr im Lauf der Zeit bloß eine sachte Fortbildung der Materie.

Der Verwaltungsökonomie war vor allem eine Novelle von 1932 (BGBl 246) gewidmet, ihre Hauptregelungspunkte waren:

- Möglichkeit der Delegation der örtlichen Zuständigkeit;
- gegen Entrichtung einer Kaution konnte nun von der Vorführung einer Partei abgesehen werden;
- die Verfahrenseinstellung mit einem schlichten (formlosen) Aktenvermerk wurde eingeführt; ebenso
- die Möglichkeit, bei der Berufungsbehörde einen Antrag auf Strafmilderung bzw. Strafnachsicht zu stellen, über den abgesprochen werden muß, so daß die Behörde zumindest gezwungen ist, über die Anwendung dieses „Quasi-Gnadenrechts“ nachzudenken, während dies vorher völlig in ihrem Ermessen stand.

Aus der späteren Rechtsentwicklung seien nur einige praktisch wichtige Neuerungen erwähnt.

— Mit BGBl 1960/218 wurde die Grenze für die Ausstellung eines Organstrafmandates durch „Organe der öffentlichen Aufsicht“ (i. d. R. „Strafzettel“ durch Polizisten) von 10 öS auf 50 öS erhöht (seit BGBl 1977/101: 100 öS), was durch den Geldwertverfall notwendig geworden war. Diese Art der Bestrafung hängt in ihrer rechtlichen Wirkung von der Zahlungsbereitschaft des Deliquenten ab — es handelt sich somit um einen „Verwaltungsakt“ auf Unterwerfung. Ohne diese Akzeptanz muß Anzeige erstellt und ein behördliches Verfahren durchgeführt werden. Angesichts dieser rechtlichen Gestaltung und der typisierten und geringen Strafhöhe nimmt diese Art der Bestrafung nun immer mehr den Charakter einer Buße oder gar einer „Taxe“ an, durch die man sich von einer Anzeige und dem ordentlichen Verfahren quasi freikaufen kann, die man sogar unter Umständen in das eigene Verhalten (vor allem im Straßenverkehr) „einkalkuliert“.

— 1971 (BGBl 275) wurde die „Verwarnung“ als Vorstufe zur Bestrafung eingeführt. Zugleich wurden damals zahlreiche geringfügigere Straftaten aus dem gerichtlichen Strafrecht ins Verwaltungsstrafrecht überstellt („entkriminalisiert“).²⁶ Die Verwarnung ist inzwischen von der mildesten Form der Strafe (bloßer Tadel) zu einer schlichten „Ermahnung“ gewandelt worden.

— Durch die Novelle BGB 1983/176 wurden für bestimmte Delikte (die Auswahl trifft die Behörde mittels Verordnung) auch computergefertigte Strafverfügungen mit kategorisierten Strafbeträgen zugelassen; analog zum Computer-Bescheid nach AVG bedürfen sie weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung.

— Seit der Novelle BGBl 1984/299 gibt es auch im Berufungsverfahren bei Verwaltungsstraftaten eine Entscheidungsfrist (1 Jahr). Wird sie nicht eingehalten, gilt der angefochtene Bescheid als aufgehoben und das Verfahren ist einzustellen.

— Die bislang letzte Novelle zum VStG (BGBl 1987/516) brachte eine Reihe wichtiger Veränderungen. Hervorzuheben ist einmal die Festlegung von Höchst- und Mindeststrafen. (Die Freiheitsstrafen dürfen minimal mit 12 Stunden, maximal mit sechs Wochen festgesetzt werden. Geldstrafen haben mindestens 100 öS zu betragen. Da aber bei Geldstrafen eine Höchstgrenze nicht festgelegt ist, können die Strafsätze in den einzelnen Verwaltungsgesetzen zu den anderen Strafarten gelegentlich in einem argen Mißverhältnis stehen.) Wichtig ist ferner das neu eingeführte Rechtsinstitut der sog. „Anonymverfügung“ (§ 49a VStG), eine Art „Strafverfügung gegen einen unbekannten Täter“. Hier wird nicht mehr ein konkreter Täter ausgeforscht, sondern die Zustellung an eine Person vorgenommen, „von der die Behörde mit Grund annehmen kann, daß sie den Täter kennt oder leicht feststellen kann“. Praktisch geht es meist um Verkehrsdelikte. Hier wird dann — meist in Form eines Computerausdrucks — einfach ein Formular mit den üblichen konkreten Angaben unter Anschluß eines Erlagscheines in der Regel an den Zulassungsbesitzer eines Autos versandt, ohne den wahren Lenker zu ermitteln. Wird der Betrag binnen 14 Tagen bezahlt, ist die Sache damit erledigt; nur wenn dies nicht geschieht, wird ein ordentliches Strafverfahren eingeleitet. Der Täter bleibt auch insofern anonym, als diese Strafe nicht registriert und somit bei künftigen Strafen nicht berücksichtigt werden darf. Die Rechtsnatur dieser sog. Anonymverfügung ist umstritten. Sie ist sicher ein rechtsgestaltender (normativer) Verwaltungsakt, aber der einzelne hat keinen Anspruch auf diese vereinfachte und privilegierte Form der Bestrafung. Auch gibt es kein ordentliches Rechtsmittel und

keine Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes, sondern nur die Alternative: Akzeptanz der Strafe oder ordentliches Strafverfahren („Verwaltungsakt auf Unterwerfung“). Dies ist zugleich ein interessantes Beispiel für die Verbindung von Formalisierung und Entformalisierung des Verwaltungshandelns.

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß seit 1987 ein (rechtswidriger) rechtskräftiger Strafbescheid auch von Amts wegen aufgehoben werden kann (d. h. obwohl der Beschuldigte dagegen nicht berufen hat), wodurch dem Rechtsschutzprinzip noch besser Genüge getan wird.

4. Das Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VVG)

Die Exekution von Geldleistungen soll grundsätzlich von den Gerichten durchgeführt werden, um die Verwaltungsbehörden nicht mit einer ihnen eigentlich fremden Materie zu belasten. Rechtskräftige und vollstreckbar erklärte Bescheide bzw. einstweilige Verfügungen bilden den Vollstreckungstitel. Die Exekution selbst erfolgt auf Grund einer von der Vollstreckungsbehörde erlassenen Vollstreckungsverfügung, die nur in bestimmten Ausnahmefällen gesondert anfechtbar ist. Sonst gelten die Bestimmungen des AVG analog (§ 10). Erwähnenswert sind noch der Schutz der Parteien (sozialer Aspekt) und die ausdrückliche Festschreibung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (§ 2). Das Gesetz nennt die möglichen Zwangsmittel und die Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit. Dieses Gesetz wurde von dem Paket der Verfahrensgesetze verhältnismäßig am wenigsten novelliert. Als Weiterentwicklung neben Geldbetragsanpassungen ist eigentlich nur die Ausdehnung des Geltungsbereichs von Bundes- und Landes- auch auf Gemeindebehörden zu berichten (1949/151).

IV

Die Weiterentwicklung des Verfahrensverfahrens im Wege von Teilkodifikationen

Es ist schon gesagt worden, daß bei der Erlassung der Verwaltungsverfahrensgesetze von 1925 einige Bereiche von der Anwendung ausdrücklich ausgenommen waren und besonderer Regelung vorbehalten wurden. Es handelt sich um das Abgaben- und Finanzstrafverfahren, das Dienstrechtsverfahren sowie das Agrarverfahren.

1. Von den genannten Materien wurde das Agrarverfahren zuerst einer Regelung unterzogen: 1927 erging das Agrarverfahrensgesetz (AgrVG). Das Gesetz sieht grundsätzlich die Anwendung des AVG vor mit einigen Abweichungen zu Gunsten von Regelungen in Materiengesetzen und Sonderbestimmungen für das Verfahren vor den Agrarsenaten. Besonderheiten gelten vor allem für das Verfahren der Grundstückszusammenlegung (Kommassation).

2. Bis zur nächsten Verfahrensregelung dauerte es dann 30 Jahre. Das Jahr 1958 brachte gleich zwei weitere derartige Teilkodifikationen.

Zuerst genannt sei das Dienstrechtsverfahrensgesetz (DVG) BGBl 1958/54.

Solange diese Teilkodifikation noch nicht existierte, hatten hier (neben einzelnen Verfahrensvorschriften in Materiengesetzen) nach der Judikatur des VwGH „jene im AVG niedergelegten allgemeinen Verfahrensgrundsätze“ Anwendung zu finden, „die schon im Wesen jedes rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens begründet sind“,²⁷ nicht jedoch die konkreten Vorschriften des AVG, insb. nicht die Formvorschriften. Um diesen der Rechtssicherheit im öffentlichen Dienstrecht abträglichen Zustand zu beenden, schuf man als eine Art Spezialgesetz zum AVG das DVG. Dies deshalb, um nicht das AVG in weiten Teilen duplizieren zu müssen, aber auch, um die weitere uneingeschränkte Verwendbarkeit der umfangreichen Judikatur zu sichern. Gegenstand des DVG sind alle aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (Beamtendienstverhältnis) resultierenden Rechtsfragen und Verwaltungssagen (z. B. Bewilligung eines Gehaltsvorschusses, Gewährung von Sonderurlaub usw.).

Von den Besonderheiten des DVG sei nur erwähnt, daß es für viele Fälle eine besonders vereinfachte Form der Entscheidung ermöglicht. Soweit es nicht um die Begründung, Änderung oder Aufhebung des Dienstverhältnisses geht, kann der Bescheid auch ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren ergehen und dem Adressaten mündlich oder sogar bloß durch Akteneinsicht zur Kenntnis gebracht werden („Dienstrechtsmandat“ im Sinne des § 9 DVG); diese „formlose Form“ ist für Entscheidungen im Dienstbetrieb besonders einfach und praktisch.

3. Der andere große, im Jahre 1958 in Angriff genommene Bereich war das Finanzstrafverfahren. Dieser Bereich war in Österreich seit jeher weitgehend den Verwaltungsbehörden übertragen. Nach der deutschen Okkupation 1938 ist in Österreich sowohl das materielle deutsche Steuerrecht als auch das deutsche Verfahrensrecht, nämlich vor allem die Reichsabgabenordnung (RAD), eingeführt worden. In diesen Vorschriften war insb. die Verhängung von Freiheitsstrafen den (ordentlichen) Strafgerichten vorbehalten.

Schwierigkeiten bereitete die Neuregelung von Beginn an, insb. durch die häufigen Verweise auf das deutsche Strafgesetzbuch und die deutsche Strafprozeßordnung, die jedoch in Österreich nicht in Geltung gesetzt worden waren. Mit der Einführungsverordnung (Verweisungen galten als solche auf österreichisches Recht) und einer Verordnung über das gerichtliche Steuerstrafverfahren in der Ostmark (23. 6. 1939 deutsches RGBl I S. 1046) versuchte man die Probleme zu überbrücken.

Nach der Befreiung Österreichs 1945 kam eine Rückkehr zum früheren österreichischen Steuersystem und zum zugehörigen Verfahrensrecht aus praktischen Gründen nicht mehr in Betracht. Aber erst 1957 gelang die Schaffung eines neuen modernen Finanzstrafgesetzes. Dieses überantwortet Delikte mit größerem Unrechtsgehalt den Gerichten, geringfügigere Finanzdelikte überläßt es den Verwaltungsbehörden.

Die Abgrenzung wird einerseits von der Strafdrohung, andererseits von der Höhe des strafbestimmenden Wertbetrages geleitet. Auf Details des Finanzstrafgesetzes 1958 kann hier nicht eingegangen werden. Regelungstechnisch wählte man jedenfalls nicht den Weg einer ergänzenden Kodifikation (wie beim Agrar- und im Dienstrechtsverfahren), sondern man schuf eine detaillierte, über die allgemeine Verfahrensgesetze hinausgehende Kodifikation des Finanzstrafverfahrens (ca. 260 Paragraphen!).²⁸

4. Auch im Bereich des allgemeinen Abgabenverfahrens war die schon im Jahre 1925 geplante Sonderregelung bis 1938 nicht zustande gekommen. (Es galten daher die verstreuten und uneinheitlichen Bestimmungen in den materiellen Abgabengesetzen des Bundes und der Länder.)²⁹ Während der deutschen Okkupation galt in Österreich, wie schon erwähnt, die Reichsabgabenordnung von 1931.³⁰ Sie wurde 1945 im Rahmen der Rechtsüberleitung formell rezipiert, de facto also beibehalten. Ab 1950 wurde an einer umfassenden Kodifikation gearbeitet, aber erst 1961 wurde die neue Bundesabgabenordnung (BAO) erlassen.³¹ Sie regelt grundsätzlich das Verfahren für bundesrechtlich geregelte Abgaben und für Zölle sowie für bundesrechtlich geregelte Beiträge an öffentliche Fonds oder Körperschaften öffentlichen Rechts und sinngemäß u. a. in Monopolangelegenheiten.

Von den besonderen Eigenheiten der BAO seien die wichtigsten hervorgehoben:

— Der Staat tritt durch die Finanzbehörde dem Bürger (Steuerpflichtigen) sowohl als Gläubiger wie als Behörde gegenüber. Diese beiden Funktionen sind organisatorisch nicht getrennt. Daher sind die rechtsstaatlichen Elemente des Verfahrens (und der Grundsatz von „Treu und Glauben“)³² besonders wichtig.

— Das österreichische Finanzverfahren kennt nur zwei Instanzen (I. Instanz: Finanzamt — II. Instanz: Finanzlandesdirektion), aber dennoch zwei Stufen der Rechtsmittel. Die Berufung gegen Bescheide der I. Instanz ist nämlich grundsätzlich zuerst durch „Berufungsvorentscheidung“ derselben I. Instanz zu erledigen; erst ein gegen diese Entscheidung gerichtetes Rechtsmittel ist aufsteigend (devolutiv) und geht an die II. Instanz. Diese Abweichung des Rechtsmittelverfahrens gegenüber der sonstigen Verwaltung ist evidentermaßen zur Bewältigung der großen Zahl von Verfahren im Sinne der Verfahrensökonomie eingerichtet.

— Aus — verständlichem — fiskalischem Interesse hat der Gesetzgeber im Finanzverfahren zur Herstellung rechtsrichtiger Besteuerung die Wiederaufrollung abgeschlossener Verfahren auch nach vielen Jahren in beträchtlichem Umfang zugelassen (Durchbrechungen der Rechtskraft!).

— Die Computerisierung der Finanzverwaltung ist in Österreich früh begonnen worden und inzwischen nahezu vollendet. Demzufolge gibt es für nahezu alle Steuerarten Computer-Bescheide. Auch die gesamte Kontoführung der Abgabekonten ist in einem Bundes-Rechenzentrum zusammengefaßt, was Auswirkungen auf das Verfahren hat (z. B. Verzugszinsen, Fälligkeiten, Gutschriften usw.).

V

Rechtspolitische Desiderate

1. Mit der Bundesabgabenordnung von 1961 wurde die letzte größere Regelungslücke im Bereich der Hoheitsverwaltung geschlossen, so daß auf diesem Sektor fast nichts mehr regelungsfrei geblieben ist.

Eine Ausnahme bilden die sog. verfahrensfreien Verwaltungsakte. Hier handelt es sich um faktische Amtshandlungen, die in der Legalterminologie auch als „Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ be-

zeichnet werden. Sie entziehen sich wohl ihrer Natur nach (begrifflich) einer Verfahrensregelung; gäbe es ein Verfahren hierfür, wären sie nicht mehr „verfahrensfrei“ bzw. „unmittelbar“ wirksam. Rechtsschutz dagegen bieten die Beschwerdemöglichkeiten an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (VfGH, VwGH). Ab 1992 sollen in solchen Fällen statt der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts die in den Ländern einzurichtenden „unabhängigen Verwaltungssenate“ in letzter Instanz entscheiden. (Allerdings sind die sich gerade dort häufenden faktischen Amtshandlungen im Finanzstrafverfahren noch gar nicht berücksichtigt!)

Insgesamt sieht man, daß im österreichischen Verwaltungsverfahren seit der Kodifikation von 1925 keine großen Umwälzungen mehr stattgefunden haben, es kam nur zu einer sachten Fortbildung, meist in Anpassung an den technischen Fortschritt.

2. Nach dem 2. Weltkrieg sind allerdings mit der Etablierung des modernen Leistungsstaates auch neuartige Verwaltungsprobleme entstanden, die eigentlich eine Kodifikation dieser neuen Verwaltungsverhältnisse erfordern würden.

a) Zu nennen ist in dem Zusammenhang die sog. Privatwirtschaftsverwaltung, d. h. jener Bereich, in dem der Staat mit Mitteln und Formen des Privatrechts öffentliche Verwaltungszwecke verfolgt. Besonders in der Förderungsverwaltung (Subventionen) wäre ein gesetzlich geregeltes Verfahren durchaus wünschenswert, und zwar auch und gerade dann, wenn ein Rechtsanspruch auf Förderung nicht besteht.

Es wurden auch schon in den 60er Jahren Ideen geäußert, wie ein solches Verfahren aussehen könnte: Ein namhafter Privatrechtler³³ nimmt an, daß man in diesem Teilbereich der Privatwirtschaftsverwaltung im wesentlichen mit der Anwendung des Privatrechts auskommen könnte, wenn man sich als öffentlich-rechtliche Elemente noch die Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung und die Anwendung der Grundrechte dazudenkt. Wo der Staat allerdings eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, fordert auch er eine ähnlich starke Bindung der Verwaltungsstellen wie in der Hoheitsverwaltung. Er schlug vor, das Legalitätsprinzip in diesem Bereich nur auf die Willensbildung der beteiligten Verwaltungsorgane und nicht auf das Vertragsverhältnis zum Partner zu beziehen und unter anderem für das Verfahren der Vertragspartnerauswahl genaue gesetzliche Regeln zu schaffen, etwa eine öffentliche Ausschreibung vorzusehen oder ähnliches.

b) Ein ähnlich sensibler Bereich ist die Vergabe öffentlicher Aufträge. Hier gab es zahlreiche Entwürfe, 1982 sogar eine Regierungsvorlage, die aber nicht Gesetz geworden ist. Dieser letzte Entwurf³⁴ sah einen umfassenden Geltungsbereich (Gebietskörperschaften, Sozialversicherungsträger, Stiftungen, Fonds, Anstalten usw.) und grundsätzlich die öffentliche Ausschreibung im Prinzip für alle Aufträge vor. Nur in genau begrenzten Fällen sollten andere Modalitäten, z. B. öffentliche Interessentensuche für wissenschaftliche Leistungen oder eine freihändige Vergabe möglich sein, wofür aber ebenfalls ein (vereinfachtes) Verfahren vorgesehen war. Weitere Verfahrensregeln betrafen: Angebotsfrist, Angebotseröffnung, Konkurrentenklage usw. Leider konnte für diese Lösung bisher kein politischer Konsens gefunden werden.³⁵ Vergabeverfahrensvorschriften findet man in Österreich heute in der (rechtlich an sich unverbindlichen) ÖNORM A 2050 von 1957, die aber für Teilbereiche durch (bloß interne) Verwaltungsverordnungen für

verbindlich erklärt worden ist — daraus kann allerdings der einzelne keine (Verfahrens-) Rechte ableiten.

3. In jüngster Zeit wird auch die Einräumung von Verfahrensrechten unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen materieller Rechte diskutiert:

a) Ein wichtiger Fall wäre z. B. die Einräumung einer Parteistellung bei der Bewerbung um die Anstellung im öffentlichen Dienst. Zumal man vor der Anstellung keine Rechtsbeziehung zum Staat hat, sehr wohl aber ein legitimes Interesse an der Auswahlentscheidung, wäre die Entscheidung durch förmlichen Verwaltungsakt mit Begründung wünschenswert.³⁶

b) Einen weiteren Diskussionspunkt bildet die Frage der Bürgerinitiativen bzw. die Partizipation interessierter Personen (insb. bei Großprojekten), weil in diesen Fällen die Parteistellung über den Kreis der unmittelbar Betroffenen und damit über den Parteibegriff des AVG hinausginge. Die Folge wäre eine Loslösung der formellen Parteistellung von der materiell-rechtlichen Grundlage, also ein Trend weg von der Verteidigung subjektiver Rechte hin zur Artikulierung beliebiger Interessen. Wollte man praktisch jedermann Parteistellung geben, so wäre es in solchen „Massenverfahren“ natürlich für die Behörde auch sehr schwer oder nahezu unmöglich, die gesetzliche Entscheidungsfrist (von 6 Monaten) einzuhalten.³⁷

VI

Gesamtbeurteilung

Trotz dieser in neuerer Zeit manifest gewordenen Mängel bzw. Wünsche kann Österreich stolz sein, eine der ersten und zugleich sehr ausgereiften Kodifikationen des Verwaltungsverfahrens zu besitzen. Sie war für eine Reihe von Staaten (ČSR 1928, Polen 1928 und Jugoslawien 1930) vorbildlich. Der Gedanke eines einheitlichen Verfahrensgesetzes wurde auch noch nach dem 2. Weltkrieg für zahlreiche Staaten maßgebend (ČSSR 1955, Jugoslawien 1957, Ungarn 1957, Spanien 1958).

Die österreichische Kodifikation besteht in einfachen, klaren und auch für verschiedene Zeitumstände tauglichen Normen. Auch wenn sie im Bewußtsein der Bevölkerung noch nicht so stark verankert sind wie die traditionellen Gerichtsordnungen, waren die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze ein bahnbrechendes Werk. Ihre grundlegende Philosophie ist die, daß Verwaltungsverhältnisse wie andere Rechtsbeziehungen etwa im Justizrecht der rechtlichen Regelung und Beurteilung zugänglich sind³⁸ und daß Rechtsschutz und Rechtsgleichheit die Anwendung formalisierter Regeln bedingen. Damit wurden die österreichischen Gesetze nicht so sehr im Detail als im Grundsatz für eine Reihe späterer (europäischer) Kodifikationen zum Vorbild.³⁹ Neu thematisiert wird unter anderem die Frage, was alles Gegenstand einer Regelung des Verfahrensrechts sein kann und soll. Zunehmend werden auch Interne der Verwaltungsführung (Aktenführung, Entscheidungsvorbereitung, Willensbildung- und Appokationsregeln) als für den Bürger relevant und einer gesetzlichen Regelung zugänglich angesehen.

Außerdem scheint der jüngste technische Fortschritt nun eine widersprüchliche Entwicklung auszulösen: Die äußere Form der Verwaltungsakte und die

Aktenführung können perfektioniert und standardisiert werden. Zugleich erfährt die „innere Form“ der Verwaltungsakte und der Verwaltungsführung eine gewisse „Entformalisierung“. Man wird diese Entwicklung aufmerksam verfolgen und geeignete neue Rechtsformen finden müssen, damit die Grundwerte eines bürgerfreundlichen und rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens bewahrt werden.

Anmerkungen

¹ Tezner, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens. Wien 1896, III.

² Patent vom 1.9.1781, abgedruckt in: „Joseph des Zweiten Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache“. Wien 1817, Nr. 23.

³ Herrnritt, Das Administrativverfahren, 1932, 9.

⁴ Vom 20.4.1854, RGBI 96, „wodurch eine Vorschrift für die Vollstreckung der Verfügungen und Erkenntnisses der landesfürstlichen, politischen und polizeilichen Behörden erlassen wird“.

⁵ Abgeordneter von Plener, Ignaz: Stenographische Protokolle des Abgeordnetenhauses, 133. Sitzung VIII. Session am 18.3.1875, Seite 4677.

⁶ Verordnung der Minister des Innern und der Justiz vom 17. März 1855, RGBI 52, „womit die Amtsinstruction für die rein politischen und für die gemischten Bezirks- und Stuhlrichterämter erlassen wird“.

⁷ (FN 6) § 63.

⁸ Diese bestand aus einer Reihe von Staatsgrundgesetzen, die fünf wichtigsten sind:

- Grundgesetz über die Reichsvertretung (RGBI 141)
- Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (RGBI 142)
- Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes (RGBI 143)
- Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt (RGBI 144)
- Staatsgrundgesetz über die Regierungs- und Vollzugsgewalt (RGBI 145).

⁹ RGBI 1876/36.

¹⁰ Zur Arbeit dieser Kommission vgl. Hasiba, Die Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform (1911 bis 1914), in: Valentinitzsch (Hrsg.), Recht und Geschichte, Balti-FS zum 70. Geburtstag, Graz 1987, 237 und Mell, Verwaltungsreform in Österreich, in: Universitas Quinqueecclesiensis, facultas politico-juridica (Hrsg.), Verwaltungshistorische Studien, Band I, Pécs 1972, 193 ff.

¹¹ Man fürchtete, daß ohne zentrale Bundeskompetenz die Ausführung des Gesetzesvorhabens auf Jahre hinaus verschoben bzw. eine Einigung zwischen Bund und Ländern nicht erzielt werden könnte. Kelsen, Froehlich, Merkl (Hrsg.), Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, Wien—Leipzig 1922, 56. So wurde in den Kompetenzartikeln der Bundesverfassung (Art. 11. Abs. 1, Z. 7 bzw. nach der Novelle 1925 Z. 6) festgelegt, „daß für das Verwaltungs- und Verwaltungsstrafverfahren einschließlich der Zwangsvollstreckung . . . auch in den Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung den Ländern zusteht, das Gesetzgebungsrecht grundsätzlich dem Bund vorbehalten ist“. Diese Bestimmung sollte wie alle Kompetenzartikel 1925 in Kraft treten. Zwischenzeitlich wurde ein Versuch gestartet, wenigstens das Verwaltungsstrafrecht und das dazugehörige Verfahren neu zu regeln. Das Projekt — ein sehr ausführliches Gesetz mit umfassenden, teilweise für die damalige Zeit mutigen Regelungen — gedieh bis zur Regierungsvorlage (697 BlgNR 1.GP, 1922), wurde aber nicht verwirklicht.

¹² Ein Staatsvertrag zwischen Großbritannien, Frankreich, Italien, Tschechoslowakei und Österreich (BGBl 1922/842) zur wirtschaftlichen und finanziellen Wiederaufrichtung Österreichs mit ausländischer Hilfe. Vgl. dazu Hellbling, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, Wien 1956, 449 ff.

¹³ BGBl 1922/843, Beilage Abschnitt II A, Punkt 5.

¹⁴ Vgl. Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung, Zivilprozeßordnung, Strafprozeßordnung, Exekutionsordnung.

¹⁵ Diese Gesetze traten allerdings noch vor den Kompetenzartikeln der Bundesverfassung in Kraft, weshalb die verfassungsrechtliche Grundlage für die zuvor aufgezählten Gesetze mittels eigenem Bundesverfassungsgesetz vorzeitig in Kraft gesetzt werden mußten. Dazu näher Werner, Dreißig Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze, Juristische Blätter, 1956, 109 ff.

¹⁶ Mannlicher-Coreth, Die Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung. Wien 1926, XXXVIII.

¹⁷ § 8 AVG: „Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, sind Beteiligte und insoweit sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, Parteien.“ (Bloß) Beteiligter ist, wer die Tätigkeit einer Behörde bezieht.

¹⁸ Daher muß z. B. der Jurist einer Bezirksverwaltungsbehörde nicht mehr nachdenken, ob er als Naturschutzbehörde oder als Wasserrechtsbehörde jeweils spezielle Verfahrensnormen anwenden mußte. Es gelten in all diesen Fällen grundsätzlich gleichartige Regeln.

¹⁹ Dies ist der Grundzug der ersten umfangreicheren Novellierung des Gesetzes aus dem Jahr 1982 (!), BGBl 199.

²⁰ So die Judikatur des VgGH! Im Gegensatz dazu meint der Verwaltungsgerichtshof, daß die Unterschrift zumindest auf der Urschrift (d. h. im Akt) nach wie vor erforderlich ist.

²¹ Das Problem stellt sich verschärft angesichts der in Österreich jüngst eingeführten umfassenden Auskunftspflicht der Behörden (Art. 20, Abs. 4 B-VG i. d. F. BGBl 1987/285, näher ausgeführt im Auskunftspflicht-G. BGBl 1987/287 und Auskunftspflicht-Grundsatzgesetz BGBl 1987/286).

²² Beispiele bei *Antonilli, W.—Koja, F.*, Allgemeines Verwaltungsrecht. 2. Aufl., Wien 1986, 476 und *Mannlicher, E.—Quell, H.*, Das Verwaltungsverfahren I, 8. Aufl., Wien 1975, 203. Vgl. auch jüngst § 96, Satz 3 Bundesabgabenordnung (i. d. F. BGBl 1987/312).

²³ Entwurf für ein Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz, die Bundesabgabenordnung und das Zustellgesetz geändert werden (Bundeskanzleramt GZ 601.661/I-V/1/89 vom 7.8. 1989).

²⁴ Zentraler Regelungsinhalt eines „Erweiterte Wertgrenzennovelle 1989“ betitelten Sammeländerungsgesetzes (BGBl 1989/343) war neben der Anpassung zivilrechtlich maßgebender Wertgrenzen an die heutige Kaufkraft die Ermöglichung von Eingaben sowie die Übermittlung gerichtlicher Erledigungen durch Inanspruchnahme eines unmittelbaren Datentransfers. Mit diesen elektronischen Eingaben und Erledigungen wurde in Österreich absolutes Neuland betreten. Damit ist nach der Umstellung von Grundbuch und Handelsregister auf EDV ein weiterer Anwendungsbereich für die neuen Technologien geschaffen worden. Zunächst sind nur Rechtsanwälte, Notare und Organe, die befugt sind, eine Gebietskörperschaft bei Gericht zu vertreten (Finanzprokuratur und gleichgestellte Organe), berechtigt, Eingaben im Weg des elektronischen Rechtsverkehrs einzubringen. Dieser Personenkreis unterliegt einer strengen öffentlich-rechtlichen Verantwortung; ein Mißbrauch dieser Befugnis zöge für die Betroffenen schwere disziplinäre Folgen nach sich. Nach einer Verordnung des Justizministers (BGBl 1989/600) können grundsätzlich Mahnklagen beim Bezirksgericht elektronisch angebracht werden. Eine Anbringung durch Bildübertragung (Telefax) ist jedoch unzulässig. Zur Koordinierung der verschiedenen elektronischen Datenverarbeitungsanlagen bei den Einbringern fungiert Radio Austria in Wien als obligatorische Übermittlungsstelle. Einbringungsdatum ist der Tag der Übernahme der Klagedaten durch die Übermittlungsstelle. Dies ist dem Einbringer sofort mitzuteilen. Teilnahmevoraussetzung für den elektronischen Rechtsverkehr ist für den Einbringungsberechtigten ein sog. Anschriftcode, der verschiedene Kenndaten enthält. Diese Codes sind von den jeweiligen gesetzlichen Vertretungen bzw. vom Justizminister auf Antrag oder von Amts wegen zu erstellen. Für den Bereich der öffentlichen Verwaltung sollen die Regelungen im wesentlichen diesem Modell folgen.

²⁵ Vdg. des BMF BGBl 1990/102 über die Zulassung von Telekopieren zur Einreichung von Anbringen an BMF und an die FLD.

²⁶ Verkehrsrecht-Anpassungsgesetz BGBl 1971/274.

²⁷ 328 BlgNR VIII. GP; VwSlg 1191/1950.

²⁸ Das Finanzstrafgesetz umfaßt also sowohl gerichtliches Strafverfahren als auch Finanz(verwaltungs)strafverfahren!

²⁹ 228 BlgNR IX GP.

³⁰ Deutsches RGBl 1931, I, S. 161; dazu auch das Steueranpassungsgesetz 1934, Deutsches RGBl, I, S. 925.

³¹ Die darin enthaltenen materiell-rechtlichen Regelungen — eine Art „allgemeiner Teil“ des (materiellen) Steuerrechts — verhinderten eine auf Art. 11, Abs. 2 der österreichischen Bundesverfassung gestützte Erlassung mit Wirkung auch für die Länder, zumal diese nicht bereit waren, sich so weitgehend einbinden zu lassen und ihre Zustimmung versagten. Ein wichtiges Argument war, daß es sich eben nicht nur um die Vereinheitlichung des Verfahrensrechts handeln würde. Auch über entsprechende Verfassungsbestimmungen, die diese Regelungen salviert hätten, konnte zwischen Bund und Ländern keine Einigung erzielt werden. Deshalb gilt die Bundesabgabenordnung nur für bundesrecht-

lich geregelte Abgaben, vergleiche §§ 1, 2 BAO; zur Entstehungsgeschichte und den Hauptinhalten der Regelung siehe *Stoll*, Die neue Bundesabgabenordnung, Österreichische Steuerzeitung 1961, 169 und *Melichar*, Finanzverfahren und Rechtsstaat, Graz 1962. Erwähnt sei noch, daß der Bund die vordem auch für die Länder geltende Reichsabgabenordnung ersatzlos aufhob. Da die Länder solcherart gleichsam ohne Verfahrensrecht dastanden, mußten sie zunächst die Reichsabgabenordnung wieder provisorisch für ihren Bereich in Geltung setzen, bis sie sich nach und nach jeweils eine eigene Landesabgabenordnung schufen.

³² Darüber zuletzt *Werndl*, Treu und Glauben im Abgabenrecht, in: *Steuern im Rechtsstaat*. Stoll-FS, Wien 1990, 375 ff.

³³ *Bydlinski*, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, Juristische Blätter 1968, 9.

³⁴ Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Leistungen, 996 BlgNR XV. GP.

³⁵ Vgl. hiezu *Korinek, Rill* (Hrsg.), Zur Reform des Vergaberechts. 1985.

³⁶ Die herrschende Lehre nimmt keine Parteistellung an. Anderer Ansicht *Dearing*, Die Parteistellung im dienstrechtlichen Ernennungsverfahren, Österreichische Juristenzeitung 1987, 648.

³⁷ Vgl. *Mayer*, Zur „Demokratisierung“ des Verwaltungsverfahrens, Die Verwaltung 1987, 29.

³⁸ Vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre. 1925, 236 ff., 242.

³⁹ Vgl. z. B. *Ule-Becker*, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat (1964), der in seinen Bemerkungen zum Musterentwurf eines (deutschen) Verwaltungsverfahrensgesetzes das österreichische Vorbild am ausführlichsten würdigt.

Die staatliche Forschungsförderung in Österreich

ERWIN MELICHAR

I

„Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei“, bestimmt Art. 15 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBl Nr. 142/1867, das durch Art. 149 des Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) als Bestandteil der republikanischen Verfassung Österreichs übernommen worden ist.

Dies bedeutet, daß in Österreich jedermann forschen darf, sofern er dadurch nicht gegen andere Verfassungsbestimmungen oder durch solche gedeckte einfachgesetzliche Bestimmungen verstößt. Von dieser Forschungsfreiheit wird tatsächlich auch in den verschiedensten Formen Gebrauch gemacht; die Vielfalt reicht vom einzelnen Privatgelehrten bis zu den staatlichen Forschungsanstalten des Bundes und der Bundesländer. Auch internationale Forschungsinstitute bestehen¹; von diesen soll aber hier nicht die Rede sein. Auch die durch Bund und Länder unmittelbar betriebenen Forschungseinrichtungen sollen hier nicht behandelt werden. Dazu sei nur angemerkt, daß das B-VG keine einheitliche Forschungskompetenz festlegt, sondern daß dann, wenn die Forschung nach Art der Hoheitsverwaltung erfolgen soll, Bund und Länder eine solche nur durchführen dürfen, wenn ihnen die entsprechende Sachkompetenz² zur Verfügung steht, sie aber völlig frei sind, wenn für die Forschung der Weg der Privatwirtschaftsverwaltung beschritten wird, der wegen dieses Freiraumes auch regelmäßig gewählt wird.

In der Folge sollen also nur jene rechtlichen Gebilde dargestellt werden, die durch Bund und Länder die Forschung anderer fördern. Dabei darf nicht übersehen werden, daß die rein private — nicht staatlich geförderte — Forschung (vor allem jene durch wirtschaftliche Unternehmungen in Rahmen ihrer betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen) von großer Bedeutung ist, und ebenso die rein persönlichen Forschungsarbeiten von Gelehrten auf der Universitätsebene. Nicht unbedeutend ist auch die auf privater Initiative beruhende Bildung von Vereinen³ zur allgemeinen Forschungsförderung⁴ oder zur Förderung bestimmter Forschungseinrichtungen.⁵

Festzuhalten ist schließlich, daß auch die private Forschung indirekt dadurch gefördert wird, daß einerseits

1. Aufwendungen für die Entwicklung, Verbesserung oder Sicherung von volkswirtschaftlich wertvollen Erfindungen und Zuwendungen aus dem Betriebsvermögen an bestimmte Institutionen zur Durchführung von Forschungsaufgaben

als Betriebsausgaben gelten und sich daher bei der Einkommen- (Körperschafts-) Steuer als gewinnmindernd auswirken und andererseits⁶

2. bestimmte Bezüge und Beihilfen zur Forschungsförderung beim Empfänger steuerfrei sind.⁷

II

Bei der staatlichen Forschungsförderung können drei Haupttypen unterschieden werden:

1. unmittelbare Förderung aus dem Bundes- oder dem Landesbudget,
2. organisatorische Einbindung staatlicher Stellen in die Gestion von Forschungseinrichtungen,
3. nicht derart gebundene allgemeine Forschungsförderung im Einzelfall durch besondere staatliche Organisationen.

In den Fällen 2 und 3 erfolgt die Förderung durch vom Staat verschiedene Rechtsträger, sogenannte „Subventionsvermittler“.⁸ Dabei kommt es zu einem kooperativen Zusammenwirken dieser Rechtsträger sowohl mit den Subventionsempfängern als auch mit den Stellen, die tatsächlich die finanziellen Mitteln zur Verfügung stellen (hier insbesondere bezüglich der Forschungsziele und der Forschungsschwerpunkte).⁹

III

Die unmittelbare Förderung aus dem Budget wirft im allgemeinen nur budgetrechtliche Fragen auf.

Besonders zu erwähnen als eine besondere Förderungsform ist nur die Verleihung von Forschungspreisen durch staatliche Institutionen. Solche Preise werden sowohl vom Bund als auch von den Ländern und von Selbstverwaltungskörpern vergeben. Obwohl für solche Preise regelmäßig ein „Statut“ besteht, in dem die Ziele, die mit dem Preis verbunden werden, das mit der Verleihung beauftragte Organ und Verfahrensbestimmungen festgelegt werden,¹⁰ ergeben sich keine besonderen rechtlichen Probleme, weshalb sich ein Eingehen auf Details erübrigt.

Im weiteren Sinn dienen der Forschungsförderung die — meistens nur auf Grund von Budgetansätzen — vor allem vom Bund und den Ländern vergebenen Förderungsbeträge zum Zwecke der Drucklegung wissenschaftlicher Arbeiten (Diplomarbeiten, Dissertationen, Habilitationsschriften) sowie letzten Endes auch die gesetzlich vorgesehenen oder freiwillig gegebenen Studienstipendien.

Näher einzugehen ist nun im folgenden — wenigstens beispielsweise¹¹ — auf die beiden anderen Konstruktionen staatlicher Forschungsförderung.

IV

Der Vielfalt der Formen einer organisatorischen Einbindung staatlicher Stellen in die Gestion von Forschungsinstituten sind kaum Grenzen gesetzt. Daher seien nur einige typische Beispiele genannt:

1. Am schwächsten ist die Einbindung bei der Österreichischen Akademie der Wissenschaften. Sie wurde mit Patent vom 14.5.1847 von Kaiser Ferdinand I. als

„Kaiserliche Akademie der Wissenschaften in Wien“ gegründet und von der Republik durch Bundesgesetz, BGBl 569/1921, (AkG) übernommen. Nach § 2 ihrer Satzung (AkS)¹² ist sie „eine unter dem besonderen Schutz des Bundes stehende juristische Person“, die in ihrem satzungsgemäßen Wirkungskreis von den Bundes- und Landesbehörden unabhängig ist, soweit nicht ihre Satzung Ausnahmen anordnet. Ihre Aufgabe ist es, die Wissenschaft in jeder Hinsicht teils durch selbständige Forschungen ihrer Mitglieder, teils durch Anregung und Unterstützung fremder Leistungen zu fördern, Arbeiten streng wissenschaftlichen Inhaltes der Veröffentlichung zuzuführen und den Bundes- und Landesbehörden auf Verlangen Gutachten in wissenschaftlichen Fragen zu erteilen. Sie hat bei Erfüllung ihrer Aufgabe den Anspruch auf Schutz und Förderung durch den Bund (§ 2 AgK tVm § 1 AkS). Sie wählt ihre Mitglieder selbst; die Wahl der Mitglieder ihres Präsidiums (Präsident, Vizepräsident, zwei Sekretäre) bedürfen der Bestätigung durch den Bundespräsidenten. Die Akademie erhält vom Bund eine jährliche Geldzuwendung zur Bestreitung des Personal- und Sachaufwandes.¹³

Bis vor wenigen Jahrzehnten erfolgte die Tätigkeit der Akademie vorwiegend durch ihre Mitglieder selbst, sei es einzeln oder in projektbezogenen Kommissionen. Hiezu trat nun in letzter Zeit eine vielfältige Forschungstätigkeit in neuen Forschungsinstituten und in Kommissionen mit starker auswärtiger Beteiligung und wissenschaftlichen Angestellten. Derzeit gibt es 16 Akademie-Forschungsinstitute unterschiedlicher Größe. So hat die Akademie eine Entwicklung von der Gelehrtengesellschaft zur Forschungsakademie genommen.¹⁴

Die Akademie ist also eine weitgehend selbständige wissenschaftliche Institution, die in ihrer Tätigkeit nur durch die ihr aus dem Bundesbudget zugewiesenen Mittel (zusätzlich anderer Zuwendungen) beschränkt ist und die Forschung durch eigene Institute und die Förderung der Forschung anderer selbst bestimmt; die Einbindung staatlicher Organe erfolgt nur dadurch, daß Satzung und Wahl des Präsidiums der Bestätigung des Bundespräsidenten bedürfen.

2. Der Jubiläumsfonds der Österreichischen Nationalbank ist für die Forschungsförderung von besonderer Bedeutung, weil er über bedeutende finanzielle Mittel verfügt.¹⁵

Die Österreichische Nationalbank (ÖNB) hat nach ihrer Zweckbestimmung zur Forschungsförderung keine unmittelbare Beziehung.¹⁶ Sie ist nach dem Nationalbankgesetz, BGBl. 50/1984,¹⁷ die Notenbank der Republik Österreich, und dem entspricht auch ihre Organisation. Sie ist eine Aktiengesellschaft mit den in diesem Gesetz normierten Sonderbestimmungen. Die Hälfte des Grundkapitals hat der Bund gezeichnet; welche Personen und Unternehmungen zur Zeichnung des restlichen Grundkapitals zugelassen sind, bestimmt die Bundesregierung. Ihre Organe sind die Generalversammlung, der Generalrat und das Direktorium, das die laufenden Geschäfte führt. Der Präsident des Generalrates wird vom Bundespräsidenten ernannt, die beiden Vizepräsidenten und 5 Mitglieder werden von der Bundesregierung ernannt und die anderen Mitglieder von der Generalversammlung gewählt. Die Mitglieder des Direktoriums werden vom Generalrat bestellt. Der staatliche Einfluß ist also sehr stark. Organisatorisch gesehen ist zwar der Bund nur in der Generalversammlung als Aktionär unmittelbar tätig, er kann aber durch die Ernennungsrechte des Bundespräsidenten und der Bundesregierung auch mittelbar sehr kräftig an der Gestion der ÖNB einwirken.

Die ÖNB hat nun im Jahre 1966 anlässlich ihres 150jährigen Bestehens einen Jubiläumsfonds gegründet. Dieser dient „der Förderung von Forschungs- und Lehraufgaben der Wissenschaft, beispielsweise der Förderung wissenschaftlicher Arbeiten und der Finanzierung der Anschaffung von wissenschaftlichen Geräten und Einrichtungen“. Der Fonds hat keine eigene Rechtspersönlichkeit, die in ihm zusammengefaßten Werte werden aber abgesondert vom übrigen Vermögen der ÖNB verwaltet. Die Mittel des Fonds werden zur Finanzierung von Forschungsprojekten bereitgestellt. Als Projektträger können nur Institutionen fungieren, die gemeinnützigen Zwecken dienen und nicht gewinnorientiert sind, bzw. physische Personen nur dann, wenn das Projekt nicht auf die Erzielung von Gewinn gerichtet ist.

Die Besonderheit dieser Konstruktion besteht darin, daß die Förderungsmittel des Fonds nicht aus dem Bundesbudget stammen, sondern aus dem Vermögen der ÖNB, das aber doch zur Hälfte aus der Aktienzeichnung des Bundes stammt.

3. Aus dem Bereich der Forschungsförderung durch die Bundesländer sei ein Beispiel aus der Steiermark gebracht.

a) Das Joanneum in Graz wurde 1811 als Stiftung Erzherzogs Johann von Österreich gegründet. Es ist heute das Steiermärkische Landesmuseum. Nach der gegenwärtig geltenden Satzung aus dem Jahre 1987 hat es u. a. die Aufgabe, die „Kenntnis der Steiermark auf allen Gebieten wissenschaftlicher Forschung“ zu fördern. Es entfaltet in dieser Richtung eine eigene Forschungstätigkeit. Eine Förderung der Forschung anderer ist nicht vorgesehen. Sein Direktor, dessen Stellvertreter und die Abteilungsleiter sind Bedienstete des Landes Steiermark. Als unterstützendes und beratendes Organ bestellt die Steiermärkische Landesregierung ein Kuratorium. Seine Tätigkeit wird durch das Landesbudget finanziert.

b) Außerdem besteht seit 1987 in der Steiermark eine „Forschungsgesellschaft Joanneum“. Sie ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie steht im alleinigen Eigentum des Landes und erhält von diesem eine Basisförderung zur Verbesserung und Sicherstellung der Infrastruktur der Forschungseinrichtungen, zur Ausweitung der Förderung von Forschungs- und Entwicklungsprojekten bis zu den Erfordernissen der Demonstration und der Untersuchungen über ihre wirtschaftliche Verwertbarkeit als Beitrag zu den Personal- und Betriebskosten und zur Intensivierung der internationalen Kontakte.¹⁸ Sie ist mit ca. 300 Mitarbeitern das zweitgrößte unabhängige Forschungsunternehmen Österreichs mit dem Zweck der anwendungsorientierten Förderung von wissenschaftlichen Spitzenleistungen.

In beiden Fällen forscht also das Land nicht selbst, sondern läßt die von ihm erwünschte Forschungsarbeit durch eine von ihm dominierte Institution durchführen und bedient sich im zweiten Fall sogar dazu einer Rechtsform des Handelsrechtes.¹⁹

4. Als interessantes Beispiel gemeinsamer Forschungsförderung durch mehrere Bundesländer erwähnt sei das Institut für Föderalismusforschung in Innsbruck. Es wurde von den Bundesländern Tirol und Vorarlberg in der Form eines Vereines gegründet, dem später auch das Land Salzburg beigetreten ist. Ziel des Instituts ist neben der Pflege und Verbreitung der Idee des Föderalismus in der Bevölkerung die „Unterstützung der wissenschaftlichen Forschung und Entwicklung des Föderalismus durch Forschungsaufträge und Erstellung von Gutachten“, Abhaltung

von Fachtagungen, Dokumentation, Information und Publikationen. Seit 1975 erstellt es jährlich einen „Bericht über die Lage des Föderalismus in Österreich“, der den Landtagen und den Landesregierungen der beteiligten Länder vorzulegen ist.²⁰

Das Institut ist also eine wissenschaftliche Einrichtung, die auch der Förderung der Forschung anderer durch Forschungsaufträge dient und auf eine — in der Bundesverfassung vorgegebene — politische Zielsetzung ausgerichtet ist, die in den drei genannten Bundesländern besonders geschätzt wird und nach ihrer Meinung einer soliden Grundlage bedarf. Das erklärt auch die gewählte Gestalt: Träger sind zwar die drei Bundesländer, ihr Zusammenschluß erfolgt aber in der jedermann zugänglichen Form eines Vereines.

5. Manchmal erfolgt die Förderung auch durch Vereine, in deren Organe Repräsentanten von staatlichen Organen vertreten sind, allerdings in verschiedener Form.

a) Zunächst besteht die Möglichkeit, daß kraft Vereinsstatut ein Vertreter des Bundes oder eines Landes Mitglied des Vorstandes ist.

b) In manchen Fällen sind Mitglieder von Vereinsorganen u. a. auch Vertreter der Bundesministerien, die aus ihrem Budget Beiträge für den Verein leisten, so daß also ein Rechtsträger (Bund) durch verschiedene seiner *stationes fisci* repräsentiert wird.²¹

c) Es gibt aber auch den Fall, das in den Vereinsorganen lediglich ad personam Inhaber staatlicher Funktionen gewählt werden und damit dem Verein mindestens zum Teil einen quasi-offiziellen Charakter geben. Ein Beispiel dafür bietet die Ludwig-Boltzmann-Gesellschaft. Sie ist die größte private Forschungseinrichtung Österreichs. Sie ist eine Trägerorganisation von derzeit 78 Forschungsinstituten bzw. Forschungsstellen und sieht es als ihre wesentliche Aufgabe an, zur Schaffung einer ausreichenden Forschungsinfrastruktur im Bereich zwischen universitärer und außeruniversitärer Forschung, insbesondere in gesellschaftspolitisch relevanten Bereichen, beizutragen und als Nahtstelle und Serviceeinrichtung zwischen wissenschaftlicher Forschung und praxisbezogener Anwendung zu fungieren. Auch sie ist ein Verein. Ihrem Vorstand gehörten 1987 u. a. der Präsident des Nationalrates, ein für die Forschung zuständig gewesener Sektionschef des Wissenschaftsministeriums und der Magistratsdirektor von Wien an.²² Sie wird fast ausschließlich aus finanziellen Mitteln des Bundes finanziert.²³ Die Zuwendung von staatlichen Mitteln an derart autonome Einrichtungen wirft natürlich gewisse Kontrollprobleme auf.²⁴

6. Daß neben diesen Institutionen noch zahlreiche andere mit ähnlicher oder anderer Konstruktion bestehen, die mehr oder weniger von der öffentlichen Hand gefördert werden und die Förderung in der ihnen eigenen Art weitergeben, wurde schon erwähnt. Für die Forschung sind sie alle von Bedeutung,²⁵ zum Teil sogar von sehr großer, wie die von mir genannten Zahlen belegen. Um das Bild abzurunden, ist noch darauf hinzuweisen, daß die wissenschaftlichen Vereine Österreichs den nach ihren Mitgliederzahlen und nach ihrer Breitenwirkung bedeutendsten Teil des privatgemeinnützigen Sektors der österreichischen Wissenschaft bilden und in einem Dachverband zusammengeschlossen sind, dem Ende 1987 300 Vereine aus allen Bundesländern und praktisch aus allen Fachgebieten angehörten.²⁶ Dieser „Verband der wissenschaftlichen Gesellschaften Österreichs“ unterstützt

die Arbeit seiner Mitgliedsvereine u. a. dadurch, daß er subventioniert bzw. Subventionen beschafft für Publikationen in seinem Verlag, und ist insofern auch Subventionsvermittler, freilich nicht beschränkt auf staatliche Subventionen.

V

Mit dem Forschungsförderungsgesetz, BGBl. 377/1967, hat der Bund erstmals zwei mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Fonds geschaffen: den Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (FWF) und den Forschungsförderungsfonds der gewerblichen Wirtschaft (FFF). Wenn dabei auch wirtschaftspolitische Überlegungen mit eine Rolle spielten, beabsichtigte man damit ganz allgemein eine Aktivierung der Forschung.²⁷ Die damit begonnene Bundesgesetzgebung auf dem Gebiet der Forschung wurde in der Folge ausgebaut. Derzeit sind folgende Gesetze die Grundlage der Forschungsförderung durch den Bund: das Forschungsorganisationsgesetz (FOG), BGBl. 341/1981,²⁸ das Forschungsförderungsgesetz (FFG), BGBl. 434/1982,²⁹ und das (unter VI gesondert zu behandelnde) Innovations- und Technologiefondsgesetz (ITFG), BGBl. 603/1987.

1. § 1 FOG legt die leitenden Grundsätze für die Förderung von Wissenschaft und Forschung durch den Bund fest. In einer demonstrativen Aufzählung werden genannt: die Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre, die Vielfalt wissenschaftlicher Meinungen und Methoden, die Bedeutung von Wissenschaft und Forschung für die Gesellschaft, die Kooperation zwischen universitärer und außeruniversitärer Forschung, die Kooperation zwischen den Gebietskörperschaften und sonstigen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen, die internationale Kooperation und die Bereitstellung angemessener Mittel für Wissenschaft und Forschung. Als Ziele werden insbesondere angeführt die Erweiterung und Vertiefung der wissenschaftlichen Erkenntnisse, zur Lösung sozialer, wirtschaftlicher, kultureller und wissenschaftlicher Problemstellungen verantwortlich beizutragen (vor allem zur Sicherung und Hebung der allgemeinen Lebensqualität und der wirtschaftlichen Entwicklung), die rasche Verbreitung sowie die Verwertung der Ergebnisse von Wissenschaft und Forschung und die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses. Zur Beratung bestehen beim Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung (BMWF) ein österreichischer Rat und eine österreichische Konferenz für Wissenschaft und Forschung. Ein umfangreiches Berichtswesen soll die entsprechende Information sicherstellen, das in einem jährlichen Bericht der Bundesregierung über die Lage und Bedürfnisse der Forschung in Österreich an den Nationalrat³⁰ endet (sog. Forschungsbericht). Forschungsförderungen sind nach § 10 Zuwendungen des Bundes, die er als Träger von Privatrechten einem vom Bund verschiedenen Rechtsträger für eine förderungswürdige, bereits erbrachte oder beabsichtigte Leistung im Bereich der Wissenschaft und Forschung oder für wissenschaftliche Veranstaltungen, Ausstellungen, Publikationen, Dokumentation und Information oder zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses aus Bundesmitteln gewährt, ohne daß dafür unmittelbar dem Bund gegenüber eine angemessene geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist. Das FOG enthält überdies Regelungen über Forschungsaufträge (§§ 12, 13), die Berücksichtigung der Auswertung von Forschungsergebnissen (§ 14) sowie die hier nicht zu behandelnde Forschung an Universitäten und Kunsthochschulen, die wissenschaftlichen Einrichtungen im

Bereich des BMWF³¹ und die Bundesmuseen und schließlich über die Vergabe von Förderungsbeiträgen an sonstige wissenschaftliche Einrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die letztgenannte Regelung (§ 16) ist für die gesamte Bundesverwaltung die gesetzliche Grundlage für Zuwendungen zur Förderungen nach der unter IV behandelten Art.

2. Nach dem FFG bestehen zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung zwei Fonds, die auf den verfassungsrechtlichen Kompetenzbereich des Bundes beschränkt sind (§ 1): zur Förderung der Forschung, die der weiteren Entwicklung der Wissenschaften dient und nicht auf Gewinn gerichtet ist, der „Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung“ (FWF) und der „Forschungsförderungsfonds für die gewerbliche Wirtschaft“ (FFF).

Beide Fonds besitzen eigene Rechtspersönlichkeit. Zur Durchführung ihrer Aufgaben erhalten sie Zuwendungen des Bundes nach Maßgabe seines Budgets, solche von anderen Gebietskörperschaften oder von gesetzlichen Interessenvertretungen nach Maßgabe der Beschlüsse ihrer zuständigen Organe und sonstige Zuwendungen (§ 3). Die Förderung erfolgt durch die Fonds als Träger von Privatrechten auf jede geeignete Weise, insbesondere durch Gewährung von Förderungsbeiträgen oder Darlehen für bestimmte, genau umschriebene Forschungsvorhaben, einschließlich der Ausstattung mit Forschungseinrichtungen (beim FFF auch der Herstellung von baulichen Anlagen), wenn diese unmittelbare Bedingungen für ein bestimmtes Forschungsvorhaben sind. Durch den FWF werden Forschungsvorhaben einzelner oder mehrerer natürlicher Personen auf dem Gebiete der wissenschaftlichen Forschung, durch den FFF auch Forschungs- und Entwicklungsvorhaben juristischer Personen gefördert. Den Fonds obliegt die widmungsgemäße Verwaltung ihrer Mittel, die Erstattung eines jährlichen Tätigkeitsberichtes (verbunden mit einer längerfristigen Vorausschau über die Bedürfnisse der Forschung in ihrem Bereich) an das BMWF sowie die Unterrichtung der Öffentlichkeit über die Bedeutung der Forschung und ihrer Förderung.

Die Fonds unterscheiden sich vor allem durch die Zielsetzung der ihnen obliegenden Förderung: Der FWF hat nur jene Forschung zu fördern, die der Weiterentwicklung der Wissenschaft schlechthin, nämlich ohne Gewinnstreben, dient, wogegen die Förderung durch den FFF nur die Forschung im Bereich der gewerblichen Wirtschaft bezweckt, sie also auch auf Gewinn gerichtet sein kann und regelmäßig auch sein wird. Jede andere Forschung wird durch die Fonds nicht gefördert, also insbesondere nicht die sogenannte Zweckforschung auf anderen Gebieten. Für beide Fonds gilt aber, daß es sich um „Forschung“ handeln muß, es sich also um Vorhaben handeln muß, die auf wissenschaftlicher Grundlage betrieben werden, also methodisch geforscht wird.³²

Im Hinblick auf die unterschiedlichen Aufgaben der Fonds ist auch ihre Organisation verschieden gestaltet:

a) Organe des FWF sind

aa) die Delegiertenversammlung. Sie besteht nach § 6 aus den Mitgliedern des Präsidiums und Vertretern der Universitäten, der Akademie der Wissenschaften, der Akademie der bildenden Künste, der Kunsthochschulen, der Bundeskonferenz des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals, der Hochschülerschaft, des Arbeiterkammertages, der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern, des Gewerkschaftsbundes und

vier vom BMWF ernannten Vertretern. Außerdem gehören ihr je ein Vertreter des BMWF und BM/Finanzen und zwei Vertreter des FFF mit beratender Stimme an.

Der Delegiertenversammlung obliegt vor allem die Beschlußfassung über die Geschäftsordnung der Fondsorgane, über den Jahresbericht, den Jahresvoranschlag und den Rechnungsabschluß sowie die Wahl des Präsidenten und der beiden Vizepräsidenten.

bb) das Kuratorium. Es besteht nach § 7 aus den Mitgliedern des Präsidiums, aus Vertretern der in der Delegiertenversammlung vertretenen Institutionen und bestimmter wissenschaftlicher Einrichtungen sowie wieder mit beratender Stimme Vertretern des BMWF BM/Finanzen und des FFF.

Das Kuratorium entscheidet vor allem über die Förderung von Forschungsvorhaben.

cc) das Präsidium. Es besteht aus dem Präsidenten und den Vizepräsidenten, dem Vorsitzenden der Rektorenkonferenz³³ der Akademie der Wissenschaften.

Ihm obliegt neben Aufgaben des Verfahrens und des Sekretariatspersonals vor allem die Durchführung der Beschlüsse der Delegiertenversammlung und des Kuratoriums sowie aller restlichen Aufgaben. Der Präsident ist der gesetzliche Vertreter des Fonds.³⁴

b) Der FFF hat nur zwei Organe:

aa) Das Kuratorium besteht nach § 13 aus 15 von der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft und je 3 vom Arbeiterkammertag, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern und dem Gewerkschaftsbund entsendeten Mitgliedern. Beratende Stimme haben Vertreter des BM/wirtschaftliche Angelegenheiten, des BMWF, des BM/Finanzen und des FWF. Seine Aufgaben entsprechen jenen der Delegiertenversammlung des FWF.

bb) Das Präsidium besteht nach § 14 aus 11 Personen, die von jenen Stellen zu entsenden sind, die Mitglieder des Kuratoriums entsenden. Die Kuratoriumsmitglieder mit beratender Stimme gehören auch dem Präsidium an. Es wählt aus seiner Mitte für drei Jahre den Präsidenten und drei Vizepräsidenten.

Es entscheidet vor allem über die Förderung von Forschungsvorhaben und hat im übrigen gleichartige Kompetenzen wie das Präsidium des FWF.

Man sieht also deutlich, daß in den Fondsorganen beim FWF die wissenschaftliche, beim FFF die wirtschaftliche Seite überwiegt.

c) Die Präsidenten und Vizepräsidenten der Fonds bilden den Forschungsförderungsrat (§ 17), dem die Behandlung gemeinsamer Angelegenheiten (insbesondere auch Fragen der Verwertung von Forschungsergebnissen), die Erstattung von Vorschlägen an den österreichischen Rat für Wissenschaft und Forschung in Förderungsfragen (insbesondere Festlegung von Forschungsschwerpunkten) und die Entscheidung darüber, welcher Fonds für bestimmte Forschungsvorhaben zuständig ist, obliegt. Er besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit, er ist daher gemeinsames Organ beider Fonds. Seine Tätigkeit betrifft einerseits die Beziehungen beider Fonds zum Bund (Erstattung von Vorschlägen) und andererseits jene zwischen den Fonds untereinander und ist insoweit ein Koordinations- und Konfliktbereinigungsorgan.³⁵

Diese komplizierte Regelung der beiden Fonds wurde gewählt, um bei der Forschungsförderung ein Höchstmaß an Objektivität zu gewährleisten.³⁶

d) Beide Fonds haben nach § 18 bei den einzelnen Förderungsmaßnahmen auf

die leitenden Grundsätze und Ziele des FOG sowie auf die von der Bundesregierung erstellten Planungen (insbesondere auf deren allfällige Forschungsschwerpunkte) Bedacht zu nehmen.

Die Forschungsvorhaben sollen förderungswürdig im Sinne des FOG sein. Die Förderungswürdigkeit ist vom FWF insbesondere nach der Bedeutung des Vorhabens für die Entwicklung der Wissenschaft, vom FFF nach der für die österreichische Volkswirtschaft zu beurteilen. Eine Förderung aus Bundesmitteln ist nur zulässig, wenn ohne sie das Vorhaben nicht oder nicht im notwendigen Umfang durchgeführt werden könnte. Das bedeutet, daß bei der Entscheidung über die Förderung auch darauf Bedacht zu nehmen ist, daß die Durchführbarkeit des Vorhabens gesichert ist; dabei sind insbesondere auch wirtschaftliche Gesichtspunkte zu beachten und schließlich überhaupt, daß für jede Gebarung mit öffentlichen Mitteln die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit schon durch Art. 126 b B-VG festgelegt sind.³⁷ Dem entspricht auch, daß die Gewährung eines Beitrages nur dann und nur insoweit zulässig ist, als das Förderungsziel nicht auch durch ein Darlehen erreicht werden kann³⁸, und daß nur einzelne Forschungsvorhaben gefördert werden sollen, weil nur im Einzelfall die Förderungswürdigkeit wirksam beurteilt werden kann.³⁹ Daher können beim FWF auch nur physische Personen und nur beim FFF wegen seiner anderen Aufgabe auch juristische Personen Anträge stellen.⁴⁰ Überdies wird die sogenannte Grundlagenforschung ohnedies weitgehend von den vom Bund erhaltenen Universitäten besorgt.

Beide Fonds werden nur auf Antrag tätig.⁴¹ Sie haben diese Anträge einander mitzuteilen. Zu ihrer fachlichen Beurteilung haben sie bei Bedarf Sachverständige heranzuziehen. Der Antragsteller hat keinen Anspruch auf Förderung, die Fondsorgane sind aber verpflichtet, dem Gesetz entsprechend vorzugehen, und sind dafür dem BMWF als Aufsichtsbehörde verantwortlich.

Während die Rechtsbeziehungen der Fonds zum Bund öffentlich-rechtlicher Natur sind, erfolgt, wie bereits erwähnt, die Förderung durch die Fonds als Trägern von Privatrechten, also in der Form eines privatrechtlichen Vertrages, dem auch ihre Rückforderungsansprüche nach § 21 vorzubehalten und, wenn der Sache nach geboten, auch weitere Bestimmungen aufzunehmen sind, die die widmungsgemäße Verwendung der Förderung sichern.⁴²

Die Tätigkeit der Fonds erschöpft sich aber nicht in der Gewährung von Fondsmitteln. Nach § 18 haben sie auch vorzusorgen für eine geeignete Verbreitung und Verwertung der Ergebnisse der geförderten Vorhaben, soweit nicht aus Gründen der Landesverteidigung und des Patentrechtes die Geheimhaltung geboten oder unter Bedachtnahme auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen die Veröffentlichung nicht zweckmäßig ist.

Obwohl die Fonds durch Bundesgesetz normierte Aufgaben zu erfüllen haben, haben sie keinen Anspruch auf eine bestimmte Höhe ihrer Finanzierung durch den Bund, sondern sind auf die entsprechenden Ansätze im Budget (Bundesfinanzgesetz) verwiesen, so daß letzten Endes der Nationalrat jährlich die Höhe der Förderung bestimmt, soweit nicht den Fonds weitere Zuwendungen zukommen. Die Budgetansätze erfolgen im Rahmen des BMWF, welches dann im Rahmen seiner Budgethoheit die Weiterleitung an die Fonds verfügt.⁴³

Die Fonds und der Forschungsförderungsrat unterliegen, weil sie staatliche

Aufgaben zu besorgen haben, der Aufsicht des BMWF bezüglich der Gesetzmäßigkeit der Geschäftsführung, der Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Ganges der Verwaltung und der Gebarung. Manche Beschlüsse der Fonds bedürfen der Genehmigung,⁴⁴ die vom BMWF zu erteilen ist, wenn sie gesetzmäßig und mit der finanziellen Leistungsfähigkeit der Fonds im Einklang sind. Nicht der Genehmigung bedürftige Beschlüsse sind vom BMWF aufzuheben, wenn sie rechtswidrig sind, worauf die Fonds verpflichtet sind, den der Rechtsauffassung des BMWF entsprechenden Zustand unverzüglich herzustellen. Für die durch rechtswidriges Vorgehen verursachten Schäden haften die Fondsorgane nach den Bestimmungen des Privatrechts. Zum Zwecke der Aufsicht hat das BMWF ein Informationsrecht (Aktenvorlage, Auskunftserteilung, Vorlage von Jahresvoranschlag und Sitzungsprotokollen).⁴⁵

Die finanzielle Gebarung unterliegt außerdem nach Art. 126 B-VG der Kontrolle durch den Rechnungshof.

Die Mitglieder der Fondsorgane, Sachverständige und Fondsangestellte sind nach den näheren Bestimmungen des § 27 mit einer Freiheitsstrafe bedroht, wenn sie ihre Geheimhaltungspflicht verletzen oder durch die Tätigkeit im Fonds erworbene Kenntnisse zu ihrem oder eines Dritten Vorteil verwerten, also in dieser Beziehung auch strafrechtlich verantwortlich.⁴⁶

VI

Durch das ITFG⁴⁷ wurde ein Fonds zur Finanzierung von Forschungen, Entwicklungen und Umstellungen für den Bereich der gewerblichen Wirtschaft, der Innovations- und Technologiefonds (ITF), eingerichtet. Als förderbare Vorhaben kommen in Betracht: industriell-gewerbliche Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten, Umsetzung von Forschungs- und Entwicklungsergebnissen in neue und verbesserte Produkte, Leistungen und Verfahren, immaterielle Investitionen, Investitionen zur Anwendung internationaler Spitzentechnologie in Österreich und Beteiligungen an oder Gründung von Unternehmen, die förderbare Vorhaben durchführen. Er hat keine Rechtspersönlichkeit, ist also ein bloßer Verwaltungsfonds. Seine Mittel werden — abgesehen von Rückflüssen, Erträgen und sonstigen Einnahmen — ausschließlich vom Bund aufgebracht. Alle Finanzierungsmittel sind auf ein Sonderkonto des Bundes zu überweisen, und das gesamte Guthaben ist nutzbringend so anzulegen, daß darüber bei Bedarf verfügt werden kann. Die budgetmäßig vorgesehenen Mittel sind zunächst zur Gänze dem Bundeskanzler zur Verfügung zu stellen, der dann im Einvernehmen mit vier weiteren zuständigen Ressortministern über ihre Verteilung entscheidet, dabei ist auf die Empfehlungen des Kuratoriums (bestehend aus diesen Ressortministern und (Vertretern des Arbeiterkammertages, der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft sowie aus je einem Vertreter der beiden mandatstärksten im Hauptausschuß des Nationalrates vertretenen Parteien) Bedacht zu nehmen. Dann sind die Mittel an die BMWF und für öffentliche Wirtschaft und Verkehr zu überweisen, die über ihre Verwendung unter Bedachtnahme auf die Empfehlungen des Kuratoriums entscheiden. Zur Förderung für Angehörige der gewerblichen Wirtschaft sind vom BMWF der FFF, vom anderen BM der ERP-Fonds⁴⁸ als „Geschäftsführung“ heranzuziehen. Diese ist auf Grund von privatrechtlichen Vereinbarungen zwi-

schen dem Bund und den beauftragten Fonds auszuüben. Bei der Förderung treten die beauftragten Fonds im Namen und für Rechnung des Bundes auf.

Der ITF ist also anders konstruiert als die unter V behandelten Fonds. Ich behandle ihn im gegebenen Zusammenhang nur deshalb, weil er ebenso wie diese als Subventionsvermittler fungiert, eine gewisse Selbständigkeit hat und ein wirksames Instrument der Forschungsförderung ist. Er ist rechtlich ein Mittelding zwischen unmittelbarer staatlicher Förderung⁴⁹ und der Förderung durch Subventionsvermittler mit eigener Rechtspersönlichkeit.⁵⁰

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß das Land Steiermark mit Gesetz LGBl. 164/1969 einen besonderen Landesfonds zur Förderung der Weiterentwicklung von Wissenschaft und Forschung geschaffen hat. Er ist in manchen Beziehungen dem FWF nachgebildet, unterscheidet sich von ihm aber wesentlich dadurch, daß er keine Rechtspersönlichkeit hat, sondern von der Landesregierung verwaltet wird. Allerdings erhält er Zuweisungen aus dem Landesbudget in gesetzlich festgelegter Höhe⁵¹ und weitere Zuwendungen nach den Ansätzen des jährlichen Landesvoranschlages, aber auch von Gemeinden und gesetzlichen beruflichen Vertretungen.

Alle Bundesländer mit Ausnahme von Kärnten und Wien haben ferner besondere Kulturförderungs Gesetze erlassen, nach denen auch die Wissenschaft (manchmal auch nur die Grundlagenforschung auf dem Gebiete der Kultur und deren Vermittlung) gefördert wird. Sie sehen aber nicht einmal besondere Verwaltungsfonds vor.⁵²

VII

Überblickt man zusammenfassend die Regelungen der Forschungsförderung in Österreich, fällt vor allem auf, daß man die früher üblich gewesene Förderung durch Zuwendungen zur freien Verfügung weitgehend durch eine „gezielte Projektförderung“ ersetzt hat. Obwohl die frühere Art der Förderung noch immer große Bedeutung hat, fördern vor allem die Fonds des Bundes und der ÖNB nur einzelne Forschungsvorhaben, allerdings u. U. unter Berücksichtigung gewisser Schwerpunkte. Daß die Förderung nur auf Antrag erfolgt, läßt der Forschungsfreiheit und der Privatinitiative entsprechenden Raum, was von großer Bedeutung für die wissenschaftliche Erkenntnis⁵³ und für wirtschaftliche Tätigkeiten und unternehmerische Aktivitäten sein kann.⁵⁴ Dabei bleibt die Wichtigkeit der Grundlagenforschung, die speziell dem FWF anvertraut ist und sonst nur durch die Universitäten und die Akademie der Wissenschaften erfolgt, unbestritten.⁵⁵ Sie kann aber auch — unterschiedlich nach Fach- und Forschungsergebnis — u. U. direkt oder über angewandte Forschung oder Entwicklungsforschung verwertet werden. § 18 macht es sogar ausdrücklich auch dem nicht auf Gewinn ausgerichteten FWF zur Pflicht, Vorsorge für eine geeignete Verbreitung und Verwertung der Ergebnisse der geförderten Forschungsvorhaben zu treffen, soweit nicht Geheimhaltungspflichten entgegenstehen.⁵⁶ Diese Orientierung der Forschungsförderung nach der wirtschaftlichen Verwertbarkeit kommt besonders deutlich beim FFF und beim ITF zum Ausdruck.⁵⁷ Bei den unter IV behandelten Erscheinungsformen der Forschungsförderung hängt die wirtschaftliche Orientierung letztlich von der Zielsetzung der Institutionen ab. Daher ist sie beim Jubiläumsfonds der ÖNB am stärksten fixiert,

wogegen sie z. B. beim Institut für Föderalismusforschung kaum eine Rolle spielt, weil die Verwertbarkeit der Forschungsergebnisse in der Landespolitik im Vordergrund steht.

Anmerkungen

¹ Z. B. das European Coordination Centre for Research and Documentation in Social Sciences, in dessen Rahmen auch der Jubilar am Forschungsprojekt „Sources of Law“ mitgewirkt hat, oder das Internationale Institut für angewandte Systemanalyse.

Alle internationalen Forschungsinstitute sind das Ergebnis einer internationalen Forschungspolitik, die auf einer internationalen wissenschaftlichen Zusammenarbeit beruht, die sich z. T. weltweit (faktisch aber kaum wirklich global), z. T. regional auf multi- oder bilateraler Rechtsgrundlage entwickelt hat und nicht nur staatlicher Art ist. Träger dieser Entwicklung sind z. B. im Rahmen der UNO die UNESCO, WHO, FAO, WMO, ferner internationale Organisationen (IAEA), im europäischen Bereich OECD, im nichtstaatlichen Bereich der International Council of Scientific Unions.

Zur internationalen Verflechtung der österreichischen Forschung siehe die Beiträge in der österreichischen Hochschulzeitung Nr. 4/1988, S. 9 f., 11 f. und 13 ff.

² Für den Bund z. B. Hochschulen, gewerbliche Wirtschaft, Forstwesen, Wasserrecht, für die Länder z. B. Naturschutz, Jagd und Fischerei, Bauwesen.

³ Siehe Vereinsgesetz 1951, BGBl. 233.

⁴ Z. B. die Österreichische Forschungsgesellschaft.

⁵ Z. B. Vereine zur privaten Unterstützung einzelner Universitäten oder Fakultäten.

⁶ Siehe § 4 (4), Z. 4 und 5 des Einkommensteuergesetzes (EStG) 1972; ab 1989 gibt es für Erfindungen nur mehr einen Forschungsfreibetrag (siehe § 4 (4), Z. 4 und 5 EStG 1988).

⁷ Siehe § 3, Z. 5 und Z. 29 EStG 1972 bzw. § 3 (1), Z. 3 und 6 EStG 1988.

⁸ Siehe *Marhold*, Forschungsförderung, S. 165, in: *Wenger* (Hg.), Förderungsverwaltung. 1973.

⁹ *Marhold*, a.a.O., S. 165, 178 f.

¹⁰ Die steiermärkische Landesregierung hat z. B. ein derartiges Statut sowohl für den „Forschungspreis des Landes Steiermark“ als auch für den „Erzherzog-Johann-Forschungspreis des Landes Steiermark“ sogar im LGBl. (50 und 51/1982) kundgemacht.

¹¹ Eine vollständige Behandlung würde wegen der Vielfalt derartiger Erscheinungen (speziell im Bereich der Bundesländer) den Rahmen dieses Beitrages sprengen, weshalb die Beschränkung auf einige juristisch interessante und typische Fälle erforderlich ist. Weitere Fälle können dem Forschungsbericht 1988 des Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung (BMWF) entnommen werden.

Eine Information über alle Arten der Forschungsförderung gibt nach dem damaligen Stand (1984) die 3. Aufl. der vom BMWF herausgegebenen „Forschungsfinanzierungsaktionen“.

¹² Die Satzung beschließt die Akademie selbst; sie bedarf aber der Bestätigung durch den Bundespräsidenten.

¹³ Nach dem Bundesvoranschlag 1989 sind 186 709 000 öS vorgesehen.

¹⁴ Siehe die Eröffnungsansprache des Präsidenten in der Feierlichen Sitzung vom 18.5.1988, Almanach der Österr. Ak.d.W., 138. Jgg., 1987/88, S. 157 ff.

¹⁵ Der Fonds hat z. B. allein dem Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (FWF; siehe unter V. 1) nach dessen Jahresberichten 1984 bis 1988 in diesen Jahren durchschnittlich jährlich mehr als 41 Millionen öS für Forschungsvorhaben zur Verfügung gestellt, „die sich relativ kurzfristig leistungsbilanzverbessernd auswirken sollen und einen Beitrag zu wirtschaftlichen Innovationen und Strukturverbesserungen in Österreich zu leisten geeignet sind“, wobei bei dieser Beurteilung „besonders marktrelevante Kriterien sowie die marktmäßigen Folgewirkungen neuer Technologien (Technologie-szenarios) zu berücksichtigen sind“. Siehe dazu *Kneucker*, Die (österreichische) Universität als Partner der Wirtschaft. Wirtschaftspolitische Blätter, 1983, Nr. 5, S. 64.

¹⁶ Aus dem Ziel der Förderung des FWF durch den Jubiläumsfonds (siehe Anm. 15) ist aber seine Beziehung zu den Hauptaufgaben der ÖNB doch erkennbar (insbesondere durch das Wort „leistungsbilanzverbessernd“).

¹⁷ Das Nationalbankgesetz ist eine Wiederverlautbarung des Nationalbankgesetzes 1955, BGBl. 184, das nach der im Jahr 1945 durch das Notenbank-Überleitungsgesetz getroffenen provisorischen

Regelung eine Neuordnung der ÖNB schuf; die in der Zwischenzeit ergangenen Änderungen (vor allem durch die Novellen aus 1969, 1974 und 1981) wurden dabei berücksichtigt.

¹⁸ Die Basisförderung betrug im Jahre 1987 23,4 Millionen öS.

¹⁹ Bei der Stiftung Joanneum kann es zweifelhaft sein, ob sie öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist. Die Frage bedürfte einer rechtshistorischen Untersuchung.

²⁰ Siehe den zuletzt erschienenen Bericht über das Jahr 1987, Wien 1988.

²¹ Z. B. die Österreichische Gesellschaft für Gesetzgebungslehre.

²² Laut Geschäftsbericht der Gesellschaft; siehe 11-5720 der Beilagen z. d. Stenogr. Prot. des Nationalrates, XVII, GP (10. 11. 1988).

²³ 1987 hat allein der Bund eine allgemeine Zuwendung in der Höhe von nahezu 50 Millionen öS und außerdem noch projektgebundene Zuwendungen gewährt (Forschungsbericht 1988, S. 65); die Mitgliederbeiträge betrugen dagegen nur 472 000 öS.

²⁴ Vor allem taucht bei größeren Zuwendungen die Frage der Gebarungsprüfung durch den Rechnungshof auf.

²⁵ Nochmals sei ausdrücklich betont, daß vorstehend nur einzelne Beispiele angeführt wurden und die Auswahl dieser Beispiele nur zum Zwecke der Darstellung einer möglichen rechtlichen Konstruktion, nicht aber nach ihrer Bedeutung für die Forschungsförderung vorgenommen wurde und ihr daher eine gewisse Willkür anhaftet.

²⁶ Forschungsbericht 1988, S. 76.

²⁷ Siehe Stenogr. Prot. des Nationalrates, XI. (1967), S. 5490–5536, und *Marhold*, a.a.O. (Anm. 8), S. 168 f.

²⁸ In der Fassung BGBl. 448/1981 und 655/1987. Zu juristischen Spezialfragen der Forschungsorganisation siehe *Neisser*, Rechtsprobleme der Forschungsorganisation des Bundes, in: *Korinek* (Hg.). Beiträge zum Wirtschaftsrecht (FS für Karl Wenger). 1983, S. 931 ff.

²⁹ In der Fassung BGBl. 658/1987. Die Sammlung der einschlägigen Gesetzestexte von *Zaruba*, *Frühauf*, Österreichisches Forschungsrecht, aus dem Jahre 1974 ist zwar umfassend, aber weitgehend durch Zeitablauf überholt.

³⁰ Dem Nationalrat steht gemeinsam mit dem Bundesrat die Gesetzgebung des Bundes zu (Art. 24 B-VG), wobei der Nationalrat der Volkskammer, der Bundesrat der Länderkammer eines bundesstaatlichen Parlaments entspricht.

³¹ Auch im Bereich anderer Bundesministerien gibt es Forschungsanstalten als nachgeordnete Dienststellen (z. B. im BM/wirtschaftliche Angelegenheiten die Bundesversuchs- und Forschungsanstalt Arsenal) oder auch nur als spezielle Forschungsabteilungen, die unmittelbar der Behördenorganisation eingegliedert sind (z. B. im BM/Inneres die Kriminaltechnische Zentralstelle).

³² Näheres bei *Marhold*, a.a.O. (Anm. 8), S. 168 f. Bei der Arbeit von *Marhold*, der ersten, die sich ausführlich mit den Problemen der Forschungsförderung befaßt, ist allerdings zu beachten, daß sie sich auf die Rechtslage nach dem FFG 1967 bezieht. Für diese Rechtslage informiert übersichtsartig auch *Zaruba*, Organisation, Instrumente und Problem der Forschungspolitik, 1971, S. 53 ff., 92, 130 ff., 152, 171 f., 203 f., 228 und 245.

³³ Die Rektorenkonferenz besteht aus allen Rektoren, Prärektoren und Prorektoren der Universitäten und der Akademie der bildenden Künste sowie den Rektoren der Kunsthochschulen und ihren Stellvertretern (§ 107 des Universitäts-Organisationsgesetzes, BGBl. 258/1975).

³⁴ Insbesondere auch gegenüber den Antragstellern!

³⁵ *Marhold*, a.a.O., S. 178 f.

³⁶ Daß dies beim FWF auch tatsächlich erreicht wurde, bezweifelt *Marhold*, S. 175 ff., für das FFG 1967, insbesondere im Hinblick auf die Bestimmungen der Geschäftsordnung des FWF. Er sieht überdies einen Mangel darin, daß durch diese Regelung der Aufsichtsbehörde die Überprüfung des Ganges der Entscheidungsbildung erschwert wird. Diese Befürchtung hat theoretisch deshalb etwas für sich, weil der Antragsteller die Entscheidung des Fonds nicht bekämpfen kann und deshalb einer wirksamen Aufsicht besondere Bedeutung zukommt. Er kritisiert in diesem Zusammenhang auch, daß es an einer Verantwortlichkeit des Präsidenten fehlt, weil mit Rücksicht auf die dreijährige Funktionsdauer eine Abberufung kaum möglich ist. Schwierigkeiten haben sich aber meines Wissens bisher nicht ergeben, und man muß anderseits auch bedenken, daß die Beurteilung der Förderungswürdigkeit bei dem notorischen Überhang der Anträge gegenüber den verfügbaren Mitteln letzten Endes nicht judizierbar ist, gegen Willkür aber das BMWF doch wirksam einschreiten kann.

³⁷ *Marhold*, a.a.O., S. 17. Er weist mit Recht darauf hin, daß der damit „ausgeformte Subven-

tionszweck“ sowohl für den Antragsteller eine Orientierungshilfe zur Einschätzung seiner Erfolgchancen als auch für die Fonds eine bindende Richtlinie für ihre Entscheidung, als auch für die Aufsichtsbehörde den Kontrollmaßstab bildet.

³⁸ Es kann aber auch umgekehrt ein Darlehen in einen Beitrag umgewandelt werden, wenn der angestrebte Erfolg nur so erreicht werden kann.

³⁹ *Marhold*, a.a.O., S. 172, bezeichnet dies als „gezielte Projektförderung“. Die Fonds haben sich daher auch bei der Förderung vorzubehalten, daß ein Beitrag zu ersetzen bzw. ein Darlehen zu kündigen und zu verzinsen ist, wenn sie getäuscht oder unvollständig unterrichtet worden sind, das Vorhaben nicht oder nicht rechtzeitig durchgeführt wurde oder die Förderung widmungswidrig verwendet, Auslagen oder Bedingungen schuldhaft nicht eingehalten oder vorgesehene Berichte nicht erstattet oder Nachweise nicht beigebracht wurden (§ 21).

⁴⁰ Daß beim FFF auch juristische Personen Anträge stellen können, erklärt sich nach *Marhold*, S. 173, daraus, daß in der gewerblichen Wirtschaft schon bei Erlassung des FFG 1967 Forschungsinstitute bestanden, deren Förderung über deren Rechtsträger, die in der Regel juristische Personen waren, ermöglicht werden sollte.

⁴¹ Zur Betonung dieser Privatinitiative siehe *Marhold*, a.a.O., S. 169.

⁴² Zur Bereinigung von Meinungsverschiedenheiten über vertragliche Ansprüche sehen die Geschäftsordnungen die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes vor.

⁴³ *Marhold*, a.a.O., S. 182, vertritt die Ansicht, daß die Fonds sogar einen nach Art. 137 B-VG vor dem Verfassungsgerichtshof einklagbaren Anspruch nicht zutrifft, weil zwar die budgetrechtliche Verpflichtung des BMWF zur widmungsgemäßen Verwendung besteht, sich daraus aber kein Rechtsanspruch der durch diese Widmung Begünstigten ableiten läßt. Es handelt sich für sie eben nur um „Zuwendungen“ im Sinne des Sprachgebrauches.

⁴⁴ Rechnungsabschluß, dauernde oder mehrjährige Belastungen, Geschäftsordnung, höhere Förderungen (§ 25).

⁴⁵ Näheres über Aufsicht und Gebarung siehe bei *Marhold*, a.a.O., S. 183 ff.

⁴⁶ Beide Fonds verfügten im Jahre 1987 über bedeutende finanzielle Mittel: der FWF über fast 342 Millionen öS (davon stammten 269,3 Mill. vom Bund und 45,8 Mill. von der ÖNB), der FFF über 490 Mill. öS (davon 392 Mill. vom Bund und 98 von der ÖNB).

⁴⁷ Durch Art. II (3) des Bundesverfassungsgesetzes, BGBl. 321/1987, wird bestimmt, daß zur Finanzierung von Forschungen, Entwicklungen und Umstellungen für den Bereich der gewerblichen Wirtschaft durch Bundesgesetz ein Fonds einzurichten ist. Das ITFG ist dieses Bundesgesetz.

⁴⁸ Dieser Fonds wurde nach dem 2. Weltkrieg zur Verwaltung der Mittel aus dem European Recovery Program der USA gebildet.

⁴⁹ Siehe unter III.

⁵⁰ Der ITF wurde im Jahre 1988 mit zwei Milliarden öS dotiert, und per 1.7.1989 waren ihm Erlöse aus der Veräußerung von Anteilsrechten an der Verbundgesellschaft (der Zentralgesellschaft der Elektrizitätswirtschaft) bis zu weiteren 2 Milliarden öS zuzuführen (Art. II) 47 des unter Anm. 48 genannten Bundesverfassungsgesetzes.

⁵¹ Festgelegt mit 1% der im gesamten Haushalt verrechneten Aufwendungen für Neubauten und Anlagenerweiterungen sowie für die Erhaltung der Landesstraßen und -brücken und 0,5% der im ordentlichen Haushalt verrechneten Aufwendungen für Gebäudeinstandhaltung.

⁵² Dagegen besteht in Salzburg ein „Fonds der Landeshauptstadt Salzburg zur Förderung von Kunst, Wissenschaft und Literatur“ mit ähnlichen Aufgaben, dessen Mittel durch Zuwendungen der Stadt Salzburg und allfälligen Zuwendungen von dritter Seite aufgebracht werden und dessen Vermögen gesondert vom Vermögen der Stadt Salzburg zu verwalten ist; er ist also als Verwaltungsfonds konstruiert (LGBl. Nr. 81/1964).

⁵³ Z. B. in bezug auf den Umweltschutz.

⁵⁴ Der Förderung durch die Fonds geht also keine Ausschreibung für Wettbewerbe voraus wie bei der Förderung durch den ungarischen wissenschaftlichen Forschungsfonds (OTKA); über diesen informiert in deutscher Sprache *Lang*, Fragen der Zukunft des ungarischen wissenschaftlichen Forschungsfonds. 1988.

⁵⁵ Der Präsident des FWF hat allerdings bei der Präsentation des Jahresberichtes 1988 die Befürchtung ausgesprochen, daß der Fonds bei der Überbetonung der Technologieförderung bei der Förderung der Grundlagenforschung in Rückstand kommen könnte (Wiener Zeitung vom 8.3.1989).

⁵⁶ *Kneucker*, a.a.O. (Anm. 15), S. 59, stellt daher mit Recht Akzentverschiebungen in der Wissen-

schafts- und Forschungspolitik und damit einen neuen Stellenwert der wissenschaftlichen Forschung fest. Sie werden immer häufiger in einer neuartigen Weise im sozialen und wirtschaftlichen Innovationsprozeß eingesetzt (insbes. S. 61). Siehe dazu auch *Kneucker*, Förderungsentscheidungen in Österreich, insbesondere für Forschungsschwerpunkte der Grundlagenforschung, in: *Fischer*, Forschungspolitik für die 90er Jahre, S. 211 ff. Über Ergebnisse von durch den FFF geförderten Projekten berichtet *Ratz* in Nr. 5/1983 der Wirtschaftspolitischen Blätter, S. 51 ff. Hinzuweisen ist auch auf: Die Rolle der Forschung in wissenschaftlichen Hochschulen, Beiheft 7 der Zeitschrift Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung, 1979, die die Vorträge und die Diskussionen einer in Wien 1977 abgehaltenen Seminartagung über dieses Thema enthält. Vgl. dazu insbes. den — nicht speziell auf Österreich bezogenen, sondern allgemein ausgerichteten — Beitrag von *Zaruba*, Die Bedeutung des Rechts für Forschungsorganisation und Forschungsförderung, S. 161 ff.

⁵⁷ Diese Ausrichtung auf die Verwertungsmöglichkeiten ist aber auch der von den Universitäten und der Akademie der Wissenschaften betriebenen Grundlagenforschung nicht gänzlich fremd, sondern kann gerade auch ein altruistisches Motiv für bestimmte Forschungsrichtungen sein.



012/11

2066, -



The volume of essays pays tribute to István Kovács, the internationally acknowledged scholar of constitutional law, member of the Hungarian Academy of Sciences. The authors of the volume honouring Professor Kovács are his colleagues in Hungary and abroad with whom he worked together for decades at the Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences, in several leading bodies of international scientific organizations and in directing numerous international research projects.

The essays published in the volume are concerned with the basic issues of the governmental system and the defence of human rights from the aspect of constitutional and administrative law and, in general, from that of public law. The book also deserves special attention because it gives a good survey of the legal problems of constitutional law concerning the recent democratic changes in different Central and Eastern European countries.



PROBABLE CONSTITUTIONAL DEFEAT
51715