



Барон Андре АЛЕН

/ проф., д-р юрид. наук, почесний Президент Конституційного Суду Бельгії, суддя (ad hoc) в Європейському Суді з прав людини, почесний секретар Ради Міністрів Бельгії

Віллем ВЕРІДТ

/ юридичний секретар Конституційного Суду Бельгії, науковий співробітник Левенського католицького університету

## ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА У ПРАКТИЦІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ БЕЛЬГІЇ

### ABSTRACT АНОТАЦІЯ

*The article aims to analyse the significance of the concept of "rule of law" in the Belgian Constitutional Court's practice and highlighting some present day challenges to the Constitutional Court's position as a guardian of the rule of law.*

*Despite the fact that explicit reference to the "rule of law" in the case law of the Constitutional Court is rare, it constitutes for this Court an unwritten constitutional principle underlying other principles, in particular the principle of legal certainty and the principle of proportionality, the latter both in the review of the division of powers and even more so in the review against the principle of equality and the other fundamental rights.*

*The article raises the problem of the existence of many overlapping human rights documents, both national and supranational, should only lead to a more extensive protection, but in reality, they often lead to confusion, as the human rights' interpretation and application might differ between national and supranational constitutional judges. The Constitutional Court systematically aims at providing legal certainty in this field, and at avoiding judgments by the ECHR and the ECJ finding a violation, by interpreting the human rights laid down in the Belgian Constitution in light of the interpretation of the Convention and the Charter by the ECHR and the ECJ.*

**Key words:** rule of law, constitutional court, legal system of Belgium.

*Метою цієї статті є аналіз значущості концепції «верховенства права» в практиці Конституційного Суду Бельгії та висвітлення деяких сьогоднішніх викликів у діяльності Конституційного Суду як захисника верховенства права. Попри те, що пряме посилання на «верховенство права» у прецедентному праві Конституційного Суду є рідкісним, воно становить для цього Суду неписаний конституційний принцип, що лежить в основі інших принципів, зокрема правової визначеності і пропорційності, два останні принципи застосовуються також при контролі за розподілом повноважень, і крім цього, під час перегляду правових актів на предмет дотримання принципу рівності та інших фундаментальних прав. Стаття порушує проблему існування багатьох документів з прав людини, які накладаються один на одного, як національних, так і наднаціональних, що часто призводить до плутанини, оскільки тлумачення та застосування прав людини національними та наднаціональними конституційними суддями можуть відрізнятися. Конституційний суд систематично прагне забезпечити правову визначеність у цій сфері, а також уникнути судових рішень ЄСПЛ та Європейського суду з визнанням порушень на основі розуміння прав людини, викладених в Конституції Бельгії, в світлі тлумачення ЄСПЛ та ЄС Конвенції та Хартії.*

**Ключові слова:** верховенство права, конституційний суд, правова система Бельгії.

## ВСТУП

Хоча «верховенство права» є центральною концепцією як при створенні конституційних судів, так і в їх щоденній діяльності, вони рідко згадують про це у своїй практиці, оскільки радше схильні посилатися на більш конкретні конституційні правила, що деталізують вказану загальну концепцію. Метою цієї публікації<sup>1</sup> є аналіз значущості вказаної концепції в практиці Конституційного Суду Бельгії та висвітлення деяких сьогоднішніх викликів статусу Конституційного Суду як захисника верховенства права.

## I. ІСТОРІЯ

### 1. ВІД «НЕДОТОРКАНОСТІ ЗАКОНОДАВСТВА» ДО ЙОГО ПЕРЕГЛЯДУ НА ВІДПОВІДНІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ ТА МІЖНАРОДНИМ ДОГОВОРАМ

1. Окрім тлумачення законодавства у відповідності з Конституцією,<sup>2</sup> воно залишалося «недоторканим» або суверенним аж до 1971 року, коли Касаційний суд постановив, що чинний міжнародний договір, «за самою природою міжнародного права, встановленого договорами», має перевагу і над попереднім, і над пізніше прийнятим законодавством. Таким чином, кожен загальний і адміністративний суд повинен відмовитися від його застосування у випадку виникнення такої суперечності.<sup>3</sup> Цей підхід прийнято називати *дифузним переглядом*.

2. Посилаючись на працю «Федераліст», Роберт БАДІНТЕР, колишній президент французької *Conseil constitutionnel* (1986–1995), справедливо вказав на дві причини конституційного перегляду законодавства в США, а саме: охорона тонкого балансу між Федерацією та штатами і захист основних прав особи.<sup>4</sup>

Конституційний перегляд законодавства в Бельгії був викликаний тими ж причинами, відмінність полягала лише в тому, що це повноваження було надано не кожному суду, а виключно Конституційному суду. Це модель *централізованого конституційного контролю* Кельзена, в якій визначальна місія — це, головним чином, захист основних прав і свобод.<sup>5</sup>

3. Як тільки суб'єкти федерації (у Бельгії: громади та регіони), наділені законодавчими повноваженнями, виникли поряд з центральними (тобто федеральними) органами державної влади, розподіл повноважень між ними зумовив необхідність контролю за їх законодавством. У 1980 році Конституцією<sup>6</sup> функцію контролю за розподілом повноважень між органами влади та перегляду їх норм, що мають силу закону, закріплено за Конституційним Судом,<sup>7</sup> який не вважається частиною судової влади, і половина членів якого є колишніми парламентарями. Мета полягала в забезпеченні єдиного підходу при здійсненні конституційного тлумачення у справах, що стосуються повноважень органів влади федерального рівня та суб'єктів федерації.

4. Окрім цієї першої місії Конституційного Суду, його юрисдикція згодом була поширена і на відповідність законодавства *правам і свободам особи*. З 1988 року Конституційний Суд наділений повноваженням контролювати дотримання статей 10 і 11 (принцип рівності та недискримінації) і 24 (право і свобода освіти) Конституції, а з 2003 року юрисдикція Суду була розширена на увесь Розділ II («Бельгійці та їх права») Конституції<sup>8</sup>, а також на статті 170, 172 і 191 (принципи законності та рівності у податкових питаннях, а також захист іноземців).<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Between 1985 and 2018, the Court delivered 4404 judgments, 507 of which concern the division of powers between the federal State, the Communities and the Regions. All other cases relate to rights and freedoms.

<sup>6</sup> Now Article 142 of the Constitution.

<sup>7</sup> Then still called the "Court of Arbitration": constitutional provision of 29 July 1980 (*Moniteur belge*, 30 July 1980, 2<sup>nd</sup> edition); changed to "Constitutional Court" by the constitutional provision of 7 May 2007 (*Moniteur belge*, 8 May 2007, 3<sup>rd</sup> edition).

<sup>8</sup> Constitutional provision of 15 July 1988 (*Moniteur belge*, 19 July 1988).

<sup>9</sup> Special Majority Act of 9 March 2003 (*Moniteur belge*, 11 April 2003, 1<sup>st</sup> edition).

<sup>1</sup> Ця праця є оновленою версією промови, проголошеної на конференції, присвяченій 25-тій річниці Конституційного Суду Республіки Словенія, що відбулася в Бледі у червні 2016 року.

<sup>2</sup> Cass. 20 April 1950 (*Waleffe*), Pas., 1950, I, 560, with conclusions by L. CORNIL.

<sup>3</sup> Cass. 27 May 1971 (*S. A. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski*), Pas., 1971, I, 886, with conclusions by W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

<sup>4</sup> R. BADINTER, Préface, S. BREYER, *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire*, Paris, Odile Jacob, 2011, 10–11.

Крім того, Конституційний Суд суттєво збільшив сферу свого контролю у справах про права і свободи, що впливають з кожного з цих двох розширень юрисдикції Суду. По-перше, він вирішив тлумачити статті 10 і 11 Конституції у поєднанні з усіма правами і свободами, закріпленими в Конституції,<sup>10</sup> у міжнародно-правових нормах, обов'язкових для Бельгії<sup>11</sup> або в загальних принципах права,<sup>12</sup> оскільки не може бути допустимим, щоби певна категорія осіб була неправомірно позбавлена гарантій, що надаються кожному. Далі, Суд *ex officio* витлумачив положення Конституції у поєднанні з міжнародно-правовими положеннями, обов'язковими для Бельгії, що гарантували аналогічні права і свободи.<sup>13</sup>

5. Ця подвійна техніка тлумачення конституційних норм у поєднанні з положеннями міжнародних договорів має багато переваг, таких як модернізація положень про основні права в Конституції Бельгії, багато з яких датуються 1831 роком, і врахування Люксембурзької та Страсбурзької прецедентної практики в рішеннях Конституційного Суду.<sup>14</sup> Незважаючи на те, що Конституційний Суд не є компетентним безпосередньо переглядати міжнародні договори, його практика тлумачення конституційних положень у поєднанні з цими договорами здійснюється паралельно прямому перегляду законодавства будь-яким загальним чи адміністративним судом на предмет його відповідності міжнародним договорам прямої дії.

Таким чином, для забезпечення відповідності законодавства міжнародним договорам існують дві окремі системи перевірки: дифузний перегляд безпосередньо на предмет відповідності законодавства міжнародним договорам та централізований конституційний контроль. З метою вирішення проблеми можливого «узгодження основних прав» було внесено зміни до Спеціального Закону Про Конституційний Суд: коли перед судом ставиться питання про порушення законо-

давчим актом фундаментального права, гарантованого повністю або частково, аналогічним чином, і положеннями розділу II Конституції, положеннями європейського або міжнародного права, Суд повинен спочатку направити справу до Конституційного Суду для попереднього рішення щодо відповідності закону нормам Розділу II Конституції.<sup>15</sup> Лише після негативної відповіді Конституційного Суду на питання про конституційність, суд, що направив звернення, може переглянути законодавчий акт на відповідність його положенням європейського чи міжнародного права. Такий же алгоритм, що встановлює порядок контролю нормативних актів, був прийнятий і французьким законодавцем. Це французьке законодавче регулювання призвело до відомого рішення Суду Справедливості у справі *Melki and Abdeli*, в якій Суд визнав відповідність, за певних умов, питання «*prioritaire de constitutionnalité*» принципу повного впливу права ЄС.<sup>16</sup>

## 2. ПРЯМЕ ПОСИЛАННЯ НА «ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА» У ПРЕЦЕДЕНТНІЙ ПРАКТИЦІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ Є ДОСИТЬ РІДКІСНИМ

6. Конституційний Суд рідко вказує на «верховенство права» у своїй прецедентній практиці. Можна виділити чотири типи таких посилань.

(I) По-перше, Суд посилався на фактичне значення «*l'Etat de droit*», підкреслюючи, що не тільки ті, кими керують, але й ті, хто керує, є відпові-

<sup>15</sup> Article 26(4) of the Special Majority Act of 6 January 1989 on the Constitutional Court, inserted by the Special Majority Act of 12 July 2009 (*Moniteur belge*, 31 July 2009, 2<sup>nd</sup> edition) and complemented by the Special Majority Act of 4 April 2014 (*Moniteur belge*, 15 April 2014, 1<sup>st</sup> edition).

<sup>16</sup> ECJ 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 and C-189/10: національні суди або трибунали залишаються вільними у праві (I) звертатися до Суду справедливості за попередніми висновками, на будь-якому етапі провадження, яке вони вважають доцільним, навіть після закінчення проміжної процедури розгляду конституційності будь-якого питання, яке вони визначили необхідним (II) здійснювати будь-які заходи, необхідні для забезпечення тимчасового судового захисту прав, наданих в межах правової системи Європейського Союзу, і (III) не застосовувати, наприкінці такої проміжної процедури, національне законодавство, якщо вони вважають, що це суперечить законодавству ЄС. Якщо ж національне законодавство впроваджує зобов'язуючі положення директиви ЄС, застосовується четверта умова, а саме обов'язкове направлення до Суду справедливості питання про чинність такої директиви. See W. VERRIJDT, "Should the EU Effectiveness Principle be Applied To Judge National Constitutional Review Procedures?", in X (ed.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme — Liber amicorum Michel Melchior*, Liège, Anthemis, 2010, 543–571.

<sup>10</sup> CC no. 23/89, 13 October 1989, B.1.2.

<sup>11</sup> CC no. 18/90, 23 May 1990, B.11.3; even if an international treaty is not self-executing: CC no. 106/2003, 22 July 2003, B.4.2.

<sup>12</sup> CC no. 72/92, 18 November 1992, B.2.1.

<sup>13</sup> CC no. 136/2004, 22 July 2004, B.5.3–B.5.4.

<sup>14</sup> Детальніше див. : A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS and W. VERRIJDT, "Cour constitutionnelle de Belgique", in R. HUPPMANN en R. SCHNABL (eds.), *La coopération entre les Cours constitutionnelles en Europe. Situation actuelle et perspectives*, Wien, Verlag Österreich, 2014, vol. 1, 293–347.

дальними перед законом. Присягу слід розуміти як урочисту заяву про те, що особа, яка здійснює державну владу, буде дотримуватися закону; сам факт, що формулювання офіційної конституційної присяги звернене до Короля, не може звільнити прихильника республіки від зобов'язання скласти цю присягу, якою він визнає свою вірність існуючій державній структурі, визначеній Конституцією.<sup>17</sup>

**(II)** Друге застосування принципу верховенства права Судом є безпосереднім наслідком першого. Цей принцип вимагає доступу до правосуддя<sup>18</sup> для того, щоб за усі порушення, вчинені державними органами, наступила відповідальність, включаючи відповідальність за позовами до державних органів про відшкодування збитків.<sup>19</sup>

**(III)** Третє застосування принципу верховенства права Конституційним Судом є прямим наслідком другого. Доступ до правосуддя сам по собі не є достатнім: його ефективність вимагає від системи правосуддя відповідності певним вимогам. Ці характеристики, пов'язані з верховенством права, стосуються заснування трибуналу і визначення його структури Актом Парламенту,<sup>20</sup> прав на належний судовий процес,<sup>21</sup> принципів судової

незалежності та безсторонності,<sup>22</sup> дотримання адвокатської таємниці,<sup>23</sup> повної юрисдикції судів (*"pleine juridiction"*),<sup>24</sup> права на ефективне виконання остаточних судових рішень,<sup>25</sup> і права на те, щоб остаточні судові рішення не ставились під сумнів.<sup>26</sup> Якщо узагальнити, «в демократичній державі, де владарює верховенство права, принципово важливо, щоб суди і трибунали викликали довіру громадськості та сторін під час судового розгляду».<sup>27</sup>

З огляду на зазначене, адвокати теж відіграють надважливу роль у збереженні верховенства права.<sup>28</sup> Беручи до уваги їхню роль і їхні привілеї, законодавець може, у зв'язку з цим, накладати на адвокатів певні зобов'язання та відповідальність у сфері належного здійснення правосуддя.<sup>29</sup>

**(IV)** Четверте значення верховенства права в прецедентній практиці Конституційного Суду стосується «основних принципів бельгійського правового порядку», таких як поділ влади,<sup>30</sup> необхідність опублікування офіційних документів,

<sup>22</sup> CC no. 67/2013, 16 May 2013, B.7.2; no. 74/2014, 8 May 2014, B.7.2; no. 103/2015, 16 July 2015, B.11.2; no. 138/2015, 15 October 2015, B.26; no. 152/2015, 29 October 2015, B.12.2; no. 153/2016, 1 December 2016, B.9.2; no. 87/2018, 5 July 2018, B.17.2.

<sup>23</sup> CC no. 126/2005, 13 July 2005, B.7.1-B.7.2.: *"Для того, щоб бути сумісним з фундаментальними принципами бельгійської правової системи, акт скасування професійної привілеї має бути обґрунтований переконливими аргументами і бути суворо пропорційним"*.

<sup>24</sup> CC no. 78/98, 7 July 1998, B.9-B.10; no. 25/2016, 18 February 2016, B.37.1.

<sup>25</sup> CC no. 122/2012, 18 October 2012, B.6; no. 56/2014, 27 March 2014, B.5; no. 87/2018, 5 July 2018, B.19: *"The right to an effective enforcement of definitive judicial decisions is one of the fundamental attributes of the rule of law"*. See also CC no. 28/2019, 14 February 2019, B.11.

<sup>26</sup> CC no. 177/2005, 7 December 2005, B.23; no. 6/2009, 15 January 2009, B.3.10; no. 199/2009, 17 December 2009, B.8. See also CC no. 172/2008, 3 December 2008, B.20; no. 107/2011, 16 June 2011, B.7.1; no. 9/2012, 25 January 2012, B.13.2; no. 160/2013, 21 November 2013, B.10.1; no. 113/2015, 17 September 2015, B.8.2: *"Even when legislating with retroactive effect, the legislator cannot, [...], at the risk of infringing one of the essential principles of the rule of law, bring into discussion judicial decisions that have become final"*.

<sup>27</sup> CC no. 157/2009, 13 October 2009, B.3.1; no. 123/2011, 7 July 2011, B.8.1; no. 155/2011, 13 October 2011, B.3; no. 3/2016, 14 January 2016, B.10.1; no. 29/2017, 23 February 2017, B.9.1; no. 53/2017, 11 May 2017, B.11.1.

<sup>28</sup> CC no. 53/2017, 11 May 2017, B.21.4.

<sup>29</sup> CC no. 41/2018, 29 March 2018, B.3.

<sup>30</sup> CC no. 67/2013, 16 May 2013, B.7.2; no. 74/2014, 8 May 2014, B.7.2; no. 103/2015, 16 July 2015, B.11.2; no. 138/2015, 15 October 2015, B.26; no. 152/2015, 29 October 2015, B.12.2: *"The principles of judicial independence and the separation of powers are basic attributes of the rule of law"*.

<sup>17</sup> CC no. 151/2002, 15 October 2002, B.3.2: *"The Belgian State is governed by the rule of law. One of the characteristics of the rule of law is that the leaders are subject to the law"*.

<sup>18</sup> CC no. 182/2008, 18 December 2008, B.5.3; no. 19/2011, 3 February 2011, B.4.2: *"The right of access to the courts, which is an essential aspect of the right to a fair trial, is a fundamental right in a State governed by the rule of law"*. See also CC no. 18/2012, 9 February 2012, B.9.2; no. 139/2012, 14 November 2012, B.13; no. 48/2015, 30 April 2015, B.18.1; no. 108/2015, 16 July 2015, B.11.3; no. 13/2017, 9 February 2017, B.11.1; no. 62/2018, 31 May 2018, B.79.3.

<sup>19</sup> CC n° 99/2014, 30 June 2014, B.14. Цей випадок передбачав відшкодування збитків через правопорушення, вчинене вищими судами. Конституційний Суд зазначив: *"Через недопустимість порушень, які можуть бути вчинені судом останньої інстанції та перевірені наявними правовими засобами, право особи, яка вважає, що вона постраждала внаслідок таких порушень, має визначальне значення в державі, в якій панує верховенство права"*. Однак виходячи з судової ієрархії та принципу правової визначеності Конституційний Суд уточнив, що лише серйозне порушення є достатнім для суду нижчої інстанції, щоб визнати факт його заподіяння одним з вищих судів.

<sup>20</sup> CC no. 62/2018, 31 May 2018, B.15.3.

<sup>21</sup> CC no. 202/2004, 21 December 2004, B.27.6; no. 105/2007, 19 July 2007, B.11.1; no. 107/2007, 26 July 2007, B.7.1; no. 22/2008, 21 February 2008, B.7; no. 98/2008, 3 July 2008, B.7; no. 201/2011, 22 December 2011, B.12.1; no. 178/2015, 17 December 2015, B.77.2: *"The rights of defence and the right to a fair trial are fundamental rights in a State governed by the rule of law"*. These judgments all involve the principle of equality of arms and the right to an adversarial trial.



перш ніж вони набувають обов'язкового характеру для суспільства,<sup>31</sup> права людини, принципи рівності та недискримінації<sup>32</sup>, право обирати та бути обраним.<sup>33</sup>

### 3. «ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА» Є НЕПИСАНИМ КОНСТИТУЦІЙНИМ ПРИНЦИПОМ І ФУНДАМЕНТАЛЬНИМ ПРИНЦИПОМ

7. Почесний суддя Конституційного суду написав, що цей суд розглядає верховенство права як елементарний неписаний конституційний принцип, а також фундаментальний принцип, який лежить в основі інших принципів, зокрема принципу правової визначеності та принципу пропорційності.<sup>34</sup> Ми дуже коротко обговоримо застосування обох цих принципів у багатій практиці Конституційного Суду.

#### а. Принцип правової визначеності

**8.1.** Принцип *правової визначеності* — невід'ємний атрибут верховенства права,<sup>35</sup> що полягає в тому, аби люди могли передбачати юридичні наслідки своїх дій.<sup>36</sup> *Принцип законності у кримінальних справах виходить з ідеї, що «кримінальне право повинно бути сформульоване в термінах, які забезпечують кожному можливість знати при прийнятті рішення щодо способу власної поведінки, чи є така поведінка караною і, якщо так, то яке саме покарання буде застосовано. Він вимагає від*

*органу законодавчої влади вказувати достатньо конкретними та зрозумілими термінами, що забезпечують принцип правової визначеності, які дії особи є караними, таким чином, щоби, з одного боку, особа перед вчиненням цих дій могла б спершу зробити належну оцінку того, які кримінальні наслідки в результаті настануть, а, з іншого, — впевнитися, що не надто багато залежатиме від розсуду судді (судової дискреції)». Під впливом судової практики Європейського суду з прав людини Конституційний Суд з 2005–2006 років доповнив власну практику наступним міркуванням: «Однак принцип *lex certa* не забороняє законодавчому органу надавати судді певну свободу розсуду через загальний характер законодавства, його застосовність до широкого кола справ та еволюцію діянь, що підлягають покаранню».*

Умова про те, що правопорушення має бути чітко визначено законом, виконується тоді, коли особа може дізнатися з формулювання відповідного положення і, якщо необхідно, за допомогою тлумачення суду, які дії та бездіяльність призведуть до притягнення її до кримінальної відповідальності.

Лише шляхом вивчення конкретного положення кримінального закону можна визначити, беручи до уваги елементи складу правопорушення, за які передбачено покарання, чи є загальні терміни, використані законодавчим органом, настільки розпливчасті, що порушують принцип законності у кримінальних справах.<sup>37</sup>

**8.2.** Принцип незворотності дії законів є загальним принципом права.<sup>38</sup> Не беручи до уваги кримінальні закони,<sup>39</sup> тлумачні закони<sup>40</sup> і ратифікуючі закони, Конституційний Суд постановляє:

*«Незворотність дії законів є запобіжником, призначеним для недопущення юридичної невизначеності. Цей запобіжник вимагає, щоб зміст закону був передбачуваним і доступним, щоб людина*

<sup>31</sup> CC no. 106/2004, 16 June 2004, B.3.2.: *“Bearing in mind that publication is an essential condition for the binding effect of official texts, the ability of each person to take cognizance of those texts at any time is a right that is inherent in the rule of law, since such cognizance permits each person to comply with them”*. See also CC no. 149/2017, 21 December 2017.

<sup>32</sup> CC no. 17/2009, 12 February 2009, B.10.3. This principle is part of the *ordre public* : e.g. CC no. 8/2012, 18 January 2012, B.15.5.: *“The principle of equality and non-discrimination is not, [...], simply a principle of good legislation and good administration. It is one of the cornerstones of a democratic State governed by the rule of law”*.

<sup>33</sup> CC no. 187/2005, 14 December 2005, B.5.1; no. 130/2006, 28 July 2006, B.6; no. 87/2014, 6 June 2014, B.3.2; no. 136/2015, 1 October 2015, B.9; no. 80/2010, 1 July 2010, B.5.1; no. 169/2015, 26 November 2015, B.4: *“The right to vote and the right to be elected are fundamental political rights in a State governed by the rule of law”*.

<sup>34</sup> L. P. SUTENS, “De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht”, *R.W.*, 1993-94, 1317–1318.

<sup>35</sup> CC no. 106/2004, 16 June 2004, B.3.2.

<sup>36</sup> Наприклад : CC no. 49/1996, 12 July 1996, B.3.8. More recently: CC no. 61/2018, 31 May 2018, B.22.3.

<sup>37</sup> Наприклад : CC no. 1/2016, 14 January 2016, B.5.3.

<sup>38</sup> CC no. 7/1997, 19 February 1997, B.4.6.

<sup>39</sup> The Constitutional Court applies Article 7 of the European Convention on Human Rights and Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

<sup>40</sup> Конституційний Суд перевіряє чи так званий тлумачний закон дійсно є «законом, який надає законодавчому положенню значення, яке у ньому закладалося законодавцем при його прийнятті і яке може бути обґрунтовано надано». В той же час, «недопущення ретроспективної дії законів не може бути досягнуто лише тим фактом, що закон з ретроспективною дією представляється як тлумачний закон» : CC no. 102/2006, 21 June 2006, B.5.2.

могла розумно передбачити наслідки того чи іншого діяння. Зворотня дія виправдана лише в тому випадку, якщо вона є необхідною для досягнення мети загального інтересу.

Якщо, крім того, виявляється, що мета або наслідок зворотньої дії полягає у впливі на результат судового розгляду в певному напрямку або в запобіганні вирішенню судом певного питання права, характер розглянутого принципу вимагає, щоби виняткові обставини або переконливі підстави загального інтересу виправдовували втручання законодавчого органу, який порушує, за рахунок однієї категорії громадян, процесуальні гарантії, що пропонуються кожному». <sup>41</sup>

Нарешті, законодавчий акт у жодному разі не повинен порушувати остаточні рішення. Якщо ж саме такою є його мета, то це порушуватиме статті 10 і 11 Конституції, позбавляючи певну категорію осіб переваг остаточних рішень, які не можуть бути переглянуті за жодних обставин. «Це один з основних принципів верховенства права». <sup>42</sup>

Згідно з поточною прецедентною практикою Конституційного Суду, аргументи, що стосуються лише бюджетної сфери, більше не можуть обґрунтовувати зворотню дію правових актів. <sup>43</sup>

**8.3.** В принципі, законодавчий орган зобов'язаний розглядати при прийнятті нових норм законодавства, чи необхідно або чи доцільно включати до їх складу перехідні положення. «Принцип рівності та недискримінації порушується лише в тому випадку, якщо перехідний період або ж його відсутність призводить до відмінності в поводженні з особою без розумного обґрунтування, або якщо принцип законних очікувань надмірно порушується». <sup>44</sup> Таке має місце, якщо «законні очікування конкретної категорії осіб не виправдані без будь-яких переконливих підстав, необхідних для загального інтересу, що пояснюють відсутність перехідного періоду, встановленого для їх блага». <sup>45</sup>

<sup>41</sup> Наприклад : CC no.77/2015, 28 May 2015, B.4.1.

<sup>42</sup> Наприклад : CC no. 107/2011, 16 June 2011, B.7.1.

<sup>43</sup> CC no. 54/2015, 7 May 2015, B.13. See also CC no. 1/2015, 22 January 2015, and European Court of Human Rights, 3 September 2013, *M.C. and others v. Italy*, as well as CC no. 131/2015, 1 October 2015, B.13 (“The budgetary objective invoked during the parliamentary travaux cannot release the legislator from its obligation to guarantee for every person the right to lead a life in keeping with human dignity when a foreign national needs urgent medical attention”).

<sup>44</sup> Наприклад : CC no. 41/2016, 17 March 2016, B.10.

<sup>45</sup> Наприклад : CC no. 86/2015, 11 June 2015, B.4.6 (violation as in several judgments).

## в. Невпинне піднесення принципу пропорційності

**9.** Під таким заголовком П. Мартенс, почесний президент Конституційного Суду, описав у 1992 році піднесення принципу пропорційності в (публічному) праві. <sup>46</sup> Приблизно через чверть століття принцип пропорційності міцно закріпився у прецедентній практиці Конституційного Суду, особливо стосовно прав і свобод особи, а також щодо розподілу владних повноважень.

**10.1.** На думку Конституційного Суду, «принцип пропорційності властивий будь-якому здійсненню повноважень». <sup>47</sup>

**10.2.** Цей принцип забороняє будь-якому нормотворчому органу здійснювати свої повноваження таким чином, щоб іншим органам стало неможливо або надмірно важко ефективно здійснювати свої повноваження. <sup>48</sup>

Оскільки відсутність співпраці, у зв'язку з якою Спеціальний Закон про інституційну реформу став вимагати обов'язкового співробітництва, не сумісна з принципом пропорційності, властивим будь-якому здійсненню владних повноважень, Суд може перевірити дотримання зобов'язання укладати угоди про співробітництво. <sup>49</sup> Якщо повноваження держави на федеральному рівні та суб'єктів федерації пересікаються в такій мірі, що вони більше не можуть здійснюватися без взаємної співпраці, наприклад, внаслідок технологічних розробок, законодавчий орган порушить принцип пропорційності, якщо він одностронньо прийме правові акти щодо цього питання, навіть якщо Спеціальний Закон про інституційну реформу не передбачає зобов'язання у цьому випадку укласти угоду про співробітництво. <sup>50</sup>

Ще до прийняття Спеціального Закону про Конституційний Суд у 2014 році, коли Конституційний Суд був наділений компетенцією з перевірки відповідності законодавства принципу віддано-

<sup>46</sup> P. MARTENS, “L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité”, in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussels, Bruylant, 1992, I, 49–68.

<sup>47</sup> Наприклад : CC no. 168/2004, 28 October 2004, B.5.3; no. 172/2006, 22 November 2006, B.8.

<sup>48</sup> Наприклад : CC no. 116/2009, 16 July 2009, B.8.

<sup>49</sup> Наприклад : CC no. 40/2012, 8 March 2012, B.5.

<sup>50</sup> CC no. 132/2004, 14 July 2004, B.6.2; no. 128/2005, 13 July 2005, B.6; no. 163/2006, 8 November 2006, B.3-B.4. See also CC no. 158/2013, 21 November 2013, B.17.7.

сті федерації,<sup>51</sup> закріпленого в статті 143(1) Конституції,<sup>52</sup> Конституційний Суд вже засвідчував свою повагу до цього принципу, тлумачачи його у поєднанні з принципом розумності та пропорційності, надавши цьому принципу такої ж ваги, як і принципу пропорційності.<sup>53</sup>

Конституційний Суд також застосовує принцип пропорційності, коли законодавчий орган позбавляє муніципалітети або провінції їх окремих повноважень<sup>54</sup> або коли він розглядає питання, чи можуть бути вказані повноваження прийнятними, перевіряючи умови, за яких положення, прийняті нормотворчим органом поза межами його повноважень, мають лише незначний вплив на функції, які здійснює інший нормотворчий орган.

**10.3.** Принцип пропорційності не тільки обмежує повноваження законодавчих органів *ratione materiae*, але й їхні повноваження *ratione loci*: через сутнісний характер сприяння розвитку культури, повноваження, що стосуються цього питання, можуть мати наслідки поза територією, за яку відповідає нормотворчий орган спільноти; проте ці потенційні екстериторіальні ефекти «не повинні першкіджати культурній політиці іншої громади».<sup>55</sup>

**11.1.** Принцип пропорційності відіграє важливу роль, навіть більшу, ніж при контролі за поділом влади, у перевірці відповідності законодавства принципу рівності та іншим фундаментальним правам; кількість судових процесів із цих питань складає 92 % від усієї практики Конституційного Суду.

**11.2.** Як і в прецедентній практиці європейських судів і вищих судів національного рівня, су-

довий перегляд з застосуванням принципу пропорційності часто є заключним етапом при розгляді питання дотримання принципу рівності та недискримінації,<sup>56</sup> під час якого Конституційний Суд розглядає, чи засіб та його наслідки, а також способи, використані для здобуття цих засобів, перебувають в розумній пропорції до мети, що переслідується. Суд вже почав формувати прецедентну практику з цього питання у своєму першому рішенні про принцип рівності й недискримінації.<sup>57</sup> У цьому рішенні Суд постановив: «Суд не зобов'язаний оцінювати відповідність або бажаність засобу, встановленого законом. Законодавчий орган повинен визначити, які засоби необхідно вживати для досягнення поставленої мети. [...] Суд не повинен розглядати питання [...] чи можна досягти мети, яку переслідує законодавча влада, за допомогою інших правових засобів».<sup>58</sup> На щастя, Суд відмовився від цієї думки, адже вищевикладена оцінка насправді є частиною тесту пропорційності.<sup>59</sup> Суд також постановив, що «він не має тих же можливостей оцінки, які є у законодавчого органу»,<sup>60</sup> але такі аргументи стали зараз дуже рідкісними. Крім того, термін «очевидний» («очевидно») значною мірою зник з лексики Суду. Все сказане свідчить про здійснення Судом більш комплексного перегляду за принципом пропорційності, а не про поверхневий підхід до цієї діяльності. Вимога пропорційності фактично неявно викладена у статтях 10 та 11 Конституції.<sup>61</sup>

**11.3.** Як уже було згадано вище (№ 4), Конституційний Суд тлумачить статті 10 і 11 Конституції у поєднанні з усіма правами і свободами, гарантованими міжнародними договорами, обов'язковими для Бельгії, і тлумачить основні права, закріплені в Конституції у поєднанні з положеннями міжнародних договорів, обов'язкових для Бе-

<sup>51</sup> See the Articles 1(3°) and 26(1)(4°) of the Special Majority Act of 6 January 1989 on the Constitutional Court, inserted by the Articles 47 and 48 of the Special Majority Act of 6 January 2014 (*Moniteur belge*, 31 January 2014, 1<sup>st</sup> edition).

<sup>52</sup> Ця стаття передбачає: «При виконанні своїх повноважень федеральна держава [і суб'єкти федерації] діють згідно з принципом відданості (лояльності) федерації, щоб запобігти конфлікту інтересів».

<sup>53</sup> «Принцип федеральної лояльності [...] означає, що кожен законодавець зобов'язаний, виконуючи свої власні повноваження, забезпечити, щоб його власні дії не робили неможливим або надто складним здійснення повноважень інших законодавчих органів»: CC no. 119/2004, 30 June 2004, B.3.3; no. 97/2014, 30 June 2014, B.4.5. See also CC no. 98/2015, 25 June 2015, B.30.3; no. 21/2016, 18 February 2016, B.12.

<sup>54</sup> Як у рішенні no. 95/2005, 25 May 2005, B.26.

<sup>55</sup> CC no. 54/96, 3 October 1996, B.7.2.

<sup>56</sup> Згодом, де це доречно, застосовується тест порівняльності, аналізуються поставлена мета, ціль і відповідні критерії розрізнення.

<sup>57</sup> CC no. 23/89, 13 October 1989, B.1.3: “[...] the principle of equality is violated if it is found that there is no reasonable degree of proportionality between the means employed and the aim pursued”.

<sup>58</sup> CC no. 23/89, 13 October 1989, B.2.7.

<sup>59</sup> Наприклад: CC no. 16/2005, 19 January 2005, B.6.2 (regarding the restriction of the right to respect for private and family life enshrined in Article 22 of the Constitution): “[...] since this aim may also be achieved in a manner that is less harmful to those concerned [...]”.

<sup>60</sup> Наприклад: CC no. 121/2009, 16 July 2009, B.14.6. See also CC no. 157/2005, 20 October 2005, B.7.2; no. 18/2015, 12 February 2015, B.5.

<sup>61</sup> CC no. 40/2003, 9 April 2003, B.23.2; no. 88/2004, 19 May 2004, B.27.

льгії та аналогічних за сферою дії. Хартія основних прав Європейського Союзу, Європейська конвенція з прав людини та Міжнародний пакт про громадянські та політичні права є найчастіше застосовуваними міжнародними конвенціями з прав людини. На відміну від Конституції Бельгії, яка формально розрізняє обмеження регулятивних заходів, репресивних заходів (і ті, і ті, в принципі, дозволені) та превентивних заходів (в принципі, заборонені), вищезгадані міжнародні конвенції використовують систему змістовних обмежень: «закон» (тобто доступне і конкретне положення національного законодавства) може передбачати встановлення певних обмежень для здійснення більшості свобод, за умови, що вони є абсолютно необхідними в демократичному суспільстві, і що вони переслідують легітимну мету. Такий обмежувальний захід має бути як релевантним (тобто задовольняти нагальну соціальну потребу), так і пропорційним до легітимної мети. Тлумачачи Конституцію Бельгії у поєднанні з положеннями міжнародного права, Конституційний Суд перевіряє, чи обмеження передбачено «законом» у формальному сенсі, якщо цього вимагає Конституція Бельгії, а також чи відповідає він змістовним умовам, передбаченим у положеннях міжнародного договору: законодавче положення має бути достатньо чітким, відповідати нагальній суспільній потребі та бути пропорційним до легітимної мети.<sup>62</sup>

**11.4.** Як і у прецедентній практиці Європейського суду з прав людини, принцип пропорційності є загальним принципом права у прецедентній практиці Конституційного Суду, тобто є критерієм для пошуку правильного балансу між захистом загальних інтересів суспільства та дотриманням основних прав людини.<sup>63</sup> Для кожного суду принцип пропорційності є ідеальним інструментом для зважування інтересів і цінностей.<sup>64</sup>

Прецедентна практика Конституційного Суду містить багато інших застосувань принципу пропорційності, наприклад, щодо адміністратив-

них штрафів,<sup>65</sup> стягнень<sup>66</sup> та права власності.<sup>67</sup>

## 4. ВИСНОВОК

**12.** Бельгія пройшла довгий шлях від «недоторканності закону» до можливості його перегляду на предмет відповідності Конституції Конституційним Судом, що також включає перегляд на відповідність міжнародним договорам (№ 1-5). Незважаючи на те, що пряме посилання на «верховенство права» у прецедентному праві Конституційного Суду є рідкісним (№ 6), воно становить для цього Суду неписаний конституційний принцип, що лежить в основі інших принципів (№ 7), зокрема правової визначеності (№ 8) і принципу пропорційності (№ 9), два останніх принципи застосовуються також при контролі за розподілом повноважень (№ 10), і більше того, під час перегляду правових актів на предмет дотримання принципу рівності та інших фундаментальних прав (№ 11). У прецедентній практиці Конституційного Суду верховенство права дійсно є живим і активним.

## II. ВИКЛИКИ

**13.** Оскільки неможливо підсумувати всі наявні виклики, ми розглянемо два з них, зовсім різного характеру: з одного боку, інституційний, взаємозв'язок між правом ЄС і Конституцією; з іншого боку, змістовний виклик — боротьба з тероризмом.

### 1. ПРАВО ЄС

**14.** Членство Бельгії в ЄС стало викликом для Конституції. Її приєднання до Договору про

<sup>62</sup> Встановлене прецедентне право рішенням СС no. 202/2004, 21 December 2004, B.5.4.

<sup>63</sup> M.A. EISSEN, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1988, 275–284.

<sup>64</sup> W. VAN GERVEN, "Het proportionaliteitsbeginsel", in *Hommage aan Marcel Storme. De norm achter de regel*, Deurne, Kluwer, 1995, 1–17.

<sup>65</sup> Наприклад : СС no. 25/2016, 18 February 2016, B.40.2: той факт, що Державна рада не має повноважень «скасовувати» рішення, не є достатнім для того, щоби зробити висновок, що її перевірка не відповідає вимогам повної юрисдикції у значенні статті 6 Європейської конвенції з прав людини, оскільки вона проводить поглиблений перегляд, як суд права і факту, рішення та його пропорційності.

<sup>66</sup> Наприклад : СС no. 13/2015, 5 February 2015, B.20: "[...], the principle of legality demands that the penalty must be in proportion to the offence committed. The penalty inflicted must be in proportion to the seriousness of the reprehensible conduct". See also СС no. 8/2010, 4 February 2010, B.12 (regarding disciplinary penalties).

<sup>67</sup> Article 16 of the Constitution, which only relates to expropriation, and Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights are considered by the Constitutional Court as "analogous provisions".



заснування Європейської спільноти вугілля і сталі (1951 р.), Договору про заснування Європейського економічного співтовариства (1957 р.) і Договору про заснування Європейського співтовариства з атомної енергії (1957 р.) порушило принцип національного суверенітету, закріплений у статті 33 Конституції, оскільки надання повноважень у сфері здійснення законодавчих, виконавчих, судових та податкових функцій наднаціональним організаціям суперечило вимогам, що всі владні повноваження повинні здійснюватися у порядку, встановленому Конституцією, в якій не згадуються повноваження міжнародних організацій.<sup>68</sup> Ця проблема була вирішена лише у 1970 році, коли до Конституції було внесено нову статтю 34, яка передбачала, що «реалізація конкретних повноважень може бути покладена міжнародним договором чи законом на інститути публічного міжнародного права», що забезпечило *постфактум* конституційну основу для членства Бельгії в міжнародних організаціях.<sup>69</sup>

На статтю 34 Конституції регулярно посилається Відділ законодавства Державної ради, який розробив п'ять кумулятивних критеріїв для перевірки конституційності подальшої передачі повноважень міжнародним організаціям.<sup>70</sup> По-перше, така передача стосується лише «здійснення повноважень», тоді як самі повноваження залишаються у компетенції бельгійських державних інституцій. Здійснення повноважень може бути повернуто назад у будь-який час,<sup>71</sup> навіть якщо це може призвести до того, що Бельгія покине певну

<sup>68</sup> Council of State, general assembly of the Legislation Division, opinion of 12 January 1953, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 1952–1953, no. 163. *Adde* the legal opinions of G. DOR, WJ. GANSHOF VAN DER MEERSCH, P. DE VISSCHER and A. MAST of 17 April 1953, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 1952–1953, no. 696.

<sup>69</sup> See A. ALEN, *Hoe 'Belgisch' is het 'Belgische staatsrecht' nog?*, Antwerp, Intersentia, 2015, 21–26; P. VANDERNOOT, "Regards du Conseil d'Etat sur une disposition orpheline: l'article 34 de la Constitution", in *En hommage à Francis Delpérée*, Brussels, Bruylant, 2007, 1599–1630; W. VERRIJDT, "EU Integration and the Belgian Constitution", in S. GRILLER, M. CLAES and L. PAPADOPOULOU (eds.), *Member States' Constitutions and EU Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2019 (to be published), no. 20.

<sup>70</sup> Наприклад: Council of State, Legislation Division, opinion of 15 February 2005, *Parl. Doc.*, Senate, 2004–2005, no. 3-1091/1 (the European Constitution); opinion of 29 January 2008, *Parl. Doc.*, Senate, 2007–2008, no. 4-568/1 (the Lisbon Treaty); opinion of 18 September 2012, *Parl. Doc.*, Flemish Parliament, 2012–2013, no. 1815/1 (the Fiscal Compact); and opinion of 3 April 2012, *Parl. Doc.*, Senate, 2011–2012, no. 5-1598/1 (the ESM Treaty). See on these criteria P. VANDERNOOT, *o.c.*, 1599–1630.

<sup>71</sup> *Parl. Doc.*, House of Representatives, Extraordinary Session 1968, no. 16/2, pp. 4–5; P. DE STEHNE, *La revision de la Constitution belge 1968–1970*, Brussels, Larquier, 1972, no. 304.

міжнародну організацію. По-друге, передача має стосуватися лише «конкретних» повноважень, які мають бути обмеженими за обсягом і чітко визначеними. По-третє, кожне завдання вимагає «згоди законодавця», наприклад, шляхом затвердження договору про створення міжнародної організації. По-четверте, передача повноважень має відбуватися на користь «організації міжнародного публічного права», тобто не на користь іншої держави або транскордонного об'єднання муніципалітетів. По-п'яте, ця передача повноважень може відхилитися лише від конституційних положень, що стосуються саме здійснення «повноважень»: якщо ж має місце відхилення від інших конституційних положень, таких, які стосуються прав людини, міжнародний договір може бути схвалений і ратифікований лише після внесення змін до конституційних положень.<sup>72</sup>

На жаль, ці критерії часто ігноруються законодавцем, який схвалив деякі з міжнародних договорів без прийняття необхідних змін до Конституції.<sup>73</sup>

**15.** Зміст статті 34 Конституції виходить поза рамки передачі нових повноважень до Європейського Союзу. Відповідно до позиції Відділу законодавства Державної ради, це конституційне положення також передбачає, що після передачі нових повноважень уповноважені органи ЄС можуть приймати автономні рішення, не будучи обмеженими Конституцією Бельгії. Таким чином, положення Конституції Бельгії не можуть мати пріоритету над вторинним законодавством ЄС, що зобов'язує органи влади Бельгії вживати заходів, які порушують Конституцію, навіть норми про конституційні права.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Відділ законодавства Державної ради запропонував внести зміни до статті 195 Конституції, яка передбачає порядок внесення змін до Конституції, що дозволило б вносити такі зміни за більш швидкою процедурою, ніж нинішня, яка передбачає розпуск парламенту та парламентські вибори (Council of State, Legislation Division, opinion of 29 January 2008, *Parl. Doc.*, Senate, 2007–2008, no. 4-568/1, p. 343). Хоча цей варіант так і не був поки реалізований.

<sup>73</sup> Що стосується Лісабонського договору, то Відділ законодавства Державної ради запропонував поправку до принципу *nullum crimen sine lege* у статті 12 Конституції, в якій "lege" стосується бельгійського законодавця, з метою забезпечити умови для заснування Європейської прокуратури, але ця конституційна поправка так і не була прийнята. Тим часом, Конституційний Суд постановив, що нормативно-правова база ЄС є достатньою правовою основою для цього, оскільки діє безпосередньо (CC № 37/2010, 22 квітня 2010 року), хоча цей висновок не поширюється на вторинне право ЄС, яке не має прямої дії.

<sup>74</sup> Council of State, Legislation Division, opinion no. 39.192/3 of 4 November 2005, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 2005–2006,

**16.** Така можливість прийняття неконституційного законодавства зростає з кожним розширенням компетенції ЄС, беручи до уваги, що воно дуже широко інтерпретується Європейським судом справедливості, який також має виключну юрисдикцію для перевірки чинності норм вторинного права ЄС. У багаторівневому правовому порядку питання, яким чином конституційні суди повинні вирішувати цю проблему, є дуже важливим.

Дві найбільш нездоланні проблеми стосовно цього включають, з одного боку, зміст національних конституційних положень, що пропонують більш широкий захист прав людини, ніж Хартія основних прав Європейського Союзу (далі — Хартія), а також, з іншого боку, ширший захист прав людини, передбачений Європейською конвенцією з прав людини (далі — Конвенція).

**17.** Перш ніж вирішувати ці дві проблеми, слід підкреслити, що серед європейських конституційних судів Конституційний суд Бельгії має дуже особливий підхід до права ЄС, перевіряючи, через чіткий тест дискримінації, чи відповідає національне законодавство законодавству ЄС (див. № 4), дотримуючись усіх процедурних вимог, що витікають з принципу повного впливу права ЄС,<sup>75</sup> а також передавши 107 попередніх питань до Європейського суду справедливості у своїх 32 рішеннях.<sup>76</sup>

no. 51-2189/1, pp. 113–116 (a directive concerning advertising for medication); opinion of 29 January 2008, *Parl. Doc.*, Senate, 2007–2008, no. 4-568/1, p. 341 (the Lisbon Treaty). The Council of State's Administrative Tribunal Division upholds the same principle: CE 5 November 1996, *Goosse*, no. 62.921 and *Orfinger*, no. 62.922; CE 31 March 2014, *J.V.H. e.a.*, no. 226.980 (in the latter judgment, the Council of State holds that rules of secondary EU law trump constitutional provisions, insofar as these rules do not leave any margin for a measure which respects the Constitution).

<sup>75</sup> Наприклад, вимога тлумачення відповідно до права ЄС (CC no. 55/2011, 6 April 2011; no. 161/2012, 20 December 2012); the Factortame requirement of interim measures (CC no. 96/2010, 29 July 2010); the van Schijndel and van Veen requirement of ex officio application of EU law (CC no. 97/2011, 31 May 2011; no. 74/2012, 12 June 2012; no. 15/2015, 5 February 2015); the Winner-Wetten prohibition on the temporal maintenance of legislation violating EU law (CC no. 144/2013, 7 November 2013); etc. See J. THEUNIS, "Het Grondwettelijk Hof en de procedurele verplichtingen uit het Europees Unierecht", in W. PAS, P. PEETERS and W. VERRIJDT (eds.), *Liber discipulorum André Alen, Bruges, die Keure*, 2015, 409–438.

<sup>76</sup> Наприклад, вимога тлумачення відповідно до права ЄС (CC no. 55/2011, 6 April 2011; no. 161/2012, 20 December 2012); the Factortame requirement of interim measures (CC no. 96/2010, 29 July 2010); the van Schijndel and van Veen requirement of ex officio application of EU law (CC no. 97/2011, 31 May 2011; no. 74/2012, 12 June 2012; no. 15/2015, 5 February 2015); the Winner-Wetten prohibition on the temporal maintenance of legis-

## а. Право ЄС та Конституція

**18.** У будь-якому випадку, можливість появи неконституційних регулятивних норм законодавства ЄС залишається, і тому нам необхідно вирішувати ієрархічне співвідношення між Конституцією і законодавством ЄС.<sup>77</sup> Стосовно цього слід розрізняти первинне та вторинне право ЄС.

Оскільки первинне право ЄС є звичайним договірним правом, воно слідує логіці зв'язку між міжнародним правом і Конституцією. За даними Касаційного суду, всі міжнародні договори прямої дії мають пріоритет над Конституцією.<sup>78</sup> Однак, на думку Державної ради та Конституційного суду, Конституція має вищу юридичну силу, ніж міжнародні договори, оскільки договори можуть включатися до бельгійської системи права лише після затвердження законом, який повністю підлягає конституційному контролю Конституційного Суду. Додатковий аргумент полягає в тому, що законодавчий орган не може діяти опосередковано, схвалюючи неконституційний міжнародний договір, тобто, таким чином, прямо порушувати Конституцію.<sup>79</sup> Конституція не вирішує цю дискусію. Законодавець, однак, неявно приєднався до останньої думки, оскільки скоротив відкладальний період на оскарження актів, якими затверджуються міжнародні договори, до Конституційного суду з шести місяців до шістдесяти днів, і оскільки він виключив з цього переліку лише попередні посилання на акти, якими затверджуються «установчі договори ЄС», Конвенція та додаткові протоколи до неї.<sup>80</sup>

lation violating EU law (CC no. 144/2013, 7 November 2013); etc. See J. THEUNIS, "Het Grondwettelijk Hof en de procedurele verplichtingen uit het Europees Unierecht", in W. PAS, P. PEETERS and W. VERRIJDT (eds.), *Liber discipulorum André Alen, Bruges, die Keure*, 2015, 409–438.

<sup>77</sup> See A. ALEN and W. VERRIJDT, "La relation entre la Constitution belge et le droit international et européen", in I. RIASSETTO, L. HEUSCHLING and G. RAVARANI (eds.), *Liber amicorum Rusen Ergec, Luxembourg, Pasicrisie luxembourgeoise*, 2016, 31–55.

<sup>78</sup> Cass. 9 November 2004, *Rev. Dr. Pén.* 2005, 789; Cass. 16 November 2004 *RW* 2005-06, 387. За винятком випадків, коли Конституція надає більш широкий захист (стаття 53 Конвенції). Спеціальним Законом від 12 липня 2009 року опосередковано санкціоновано цей підхід (див. № 5 щодо статті 26 (4) Спеціального Закону про Конституційний Суд).

<sup>79</sup> CC no. 26/91, 16 October 1991; CC no. 12/94, 3 February 1994; CC no. 20/2004, 4 February 2004; CC no. 87/2010, 8 July 2010; CC no. 117/2011, 30 June 2011; CC no. 32/2013, 7 March 2013; CC no. 62/2016, 28 April 2016; Council of State, Legislation Division, opinion no. 21.540, 6 May 1992, *Parl. Doc.*, House of Representatives, 1991–1992, no. 482/1, pp. 69–72; opinion no. 28.936/2, 21 April 1999, *Parl. Doc.*, Senate, 1999–2000, no. 2-329/1, pp. 94–101.

<sup>80</sup> Articles 3 (2) and 26 (1bis) of the Special Majority Act on the Constitutional Court.

Що стосується вторинного права ЄС, то всі «верховні суди» досягають одного і того ж висновку, хоча й виходячи з різної аргументації. Беручи до уваги, що Касаційний суд базує примат вторинного права ЄС над Конституцією на рішенні Європейського суду в справі *Internationale Handelsgesellschaft*,<sup>81</sup> Конституційний Суд і Державна рада засновують той самий примат на статті 34 Конституції.<sup>82</sup> Остання позиція означає, що, зрештою, Конституція є найвищою нормою, і що перевага права ЄС над Конституцією є дотриманням умов, визначених нею.

**19.** Конституційний Суд довго не висловлював позиції з приводу ролі статті 34 Конституції у вирішенні цього питання. У рішенні 2010 року він уперше застосував це положення для обґрунтування виконання імплементації законодавцем директиви, яка оспорювалася як така, що суперечить Конституції. Ця директива ЄС вимагала, щоб законодавчий орган надав великі регуляторні повноваження незалежному федеральному офісу з питань енергетики (CREG). Таким чином, законодавчі положення стосовно цього питання були поставлені під сумнів через відсутність підзвітності перед компетентним міністром і парламентом та через принципи, закріплені в статтях 33, 37 і 101 Конституції. Проте Конституційний Суд постановив, що в міру необхідності відхилення від цих конституційних норм виправдано у зв'язку зі статтею 34 Конституції.<sup>83</sup> Слід, однак, зазначити, що стаття 34 Конституції не використовувалася як єдине обґрунтування висновків Суду: вона згадувалася як підсумковий аргумент і таким чином використовувалася для того, щоб надати законодавчому органу дуже широку свободу розсуду при імплементації зобов'язань, що впливають із вторинного законодавства ЄС.

**20.** У нещодавньому рішенні Конституційний Суд більш чітко визначив значення статті 34 Конституції та співвідношення між Конституцією Бельгії та правом ЄС. Відхиляючи скарги на визнання нечинним Закону про затвердження Договору про Європейський механізм стабільності, оскільки

скаржники не мали повноважень, Суд додав наступний аргумент *obiter dictum*: «При ухваленні договору, який [приписує нові повноваження установам ЄС], законодавчий орган повинен дотримуватися статті 34 Конституції. Згідно з цим положенням, здійснення спеціальних повноважень може бути покладено договором або законом на установи міжнародного публічного права. Хоча ці інституції можуть згодом самостійно вирішувати, як вони здійснюють ці повноваження, статтю 34 Конституції не можна тлумачити як надання необмеженої ліцензії законодавчому органу при затвердженні цього договору або згаданих установ при здійсненні їхніх повноважень. Стаття 34 Конституції не допускає дискримінаційного пониження національної ідентичності, притаманної основним структурам, політичним та конституційним,<sup>84</sup> або фундаментальним цінностям захисту, що надаються Конституцією всім суб'єктам права».<sup>85</sup>

Таким чином, Конституційний Суд чітко визнав, що ні первинне, ні вторинне законодавство ЄС не може порушувати ні національну, ні конституційну ідентичність Бельгії або основні цінності захисту прав людини. Непрямо, він також визнав, що європейські інститути не можуть діяти *ultra vires*. Ці рядки можна прочитати і як відсилання на *Bundesverfassungsgericht's Honeywell*, де захищаються ті ж аспекти німецької конституції від порушень законодавства ЄС.

Незважаючи на те, що *Bundesverfassungsgericht* розвинув цю правову аргументацію в кількох наступних рішеннях, в яких він додав кілька матеріальних і процедурних особливостей та умов, Конституційний суд Бельгії не пішов далі, аніж лише згадати принцип національної ідентичності та основні цінності конституційного захисту. Він не уточнював, чи з цих принципів свідчать про наявність повноваження з перегляду у Конституційного Суду, а також які наслідки такого перегляду були б для застосування розглянутих правил вторинного права ЄС у Бельгії.

Конституційний суд також не пояснив, чи вступатиме до попереднього діалогу з Європейським судом перед тим, як здійснювати власний

<sup>81</sup> Cass. 2 June 2003, RCJB 2007, 24. It has also referred to the precedence of EU law over all other norms of law as a general principle of law (Cass. 4 April 2008, *Arr. Cass.* 2008, no. 205).

<sup>82</sup> CC no. 130/2010, 18 November 2010; Council of State, Administrative Tribunal Division, 5 November 1996, *Goosse*, n° 62.921; *id.*, 5 November 1996, *Orfinger*, no. 62.922.

<sup>83</sup> CC no. 130/2010, 18 November 2010, B.8.1.

<sup>84</sup> Ця формула відображає статтю 4.2. Договору про ЄС.

<sup>85</sup> CC no. 62/2016, 28 April 2016, B.8.7. See M. EL BERHOUMI and others, "La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen: un arrêt sans intérêt?", *Journal des tribunaux* 2017, 565–582; Ph. GÉRARD and W. VERRIJDT, "Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse", *EuConst* 2017, 182–205.



перегляд, і чи надасть він *Fehlertoleranz* до Європейського суду. Якщо слідувати практиці *Bundesverfassungsgericht*, попередній діалог з Європейським судом є необхідним як в перегляді *ultra vires*<sup>86</sup>, так і в перегляді ідентичності,<sup>87</sup> тому що це є вирішальним елементом у засвідченні поваги до повноцінної дії права ЄС та захисту сутності Конституції.

**21.** Конституційний Суд також уникнув найбільш делікатного обговорення стосовно цього, тобто які конституційні положення та принципи є частиною національної ідентичності Бельгії, а які — ні. Це питання ще не було предметом багатьох доктринальних дебатів, але очевидно, що рамки конституційних положень, які можуть бути використані як «щит» проти права ЄС, можуть бути не надто широкими, так що лише деякі ключові аспекти Конституції, що стосуються конкретної конституційної історії й культури Бельгії, можуть мати значення.<sup>88</sup> Ці конституційні аспекти можуть стосуватися, з одного боку, тих самих причин, чому Бельгія стала незалежною державою, а з іншого боку, причин, з яких вона досі існує, після подолання декількох мовних та ідеологічних напружених моментів.<sup>89</sup>

Перший набір аспектів може бути менш значним, ніж другий, через довготривалий період часу, що пройшов з 1831 року, та еволюційні інтерпретації багатьох конституційних положень, які були сформульовані як реакція проти царювання голландського короля Віллема I. Проте ця історична довідка все ще пояснює, чому в Конституції Бельгії робиться наголос на принципі законності, що допускає втручання демократично обраного законодавчого органу в різні питання, зокрема в такі як обмеження прав людини. Це також пояснює, чому деякі права людини, які систематично ігнорував голландський король Віллем I між 1815

і 1830 роками, користуються більш широким захистом Конституцією Бельгії, ніж аналогічні права людини в Конвенції та Хартії (наприклад, свобода освіти, свобода релігії та свобода преси).<sup>90</sup>

Другий аспект розкриває іншу особливість бельгійського державного устрою — його здатність забезпечувати досягнення компромісів.<sup>91</sup> Історія Бельгії показує кілька прикладів біполярних протистоянь, зокрема — ідеологічне протистояння між католиками, з одного боку, і соціалістами та лібералами, з іншого боку, кульмінацією якого було «шкільне питання», вирішене Шкільним пактом у 1958 році.<sup>92</sup> Ще одним прикладом є мовне протистояння між фламандцями та валлонами, що розпочалося у 1840-их роках, загострилося у бурхливих студентських протестах у 1968 році і, в кінцевому підсумку, призвело до перетворення Бельгії на федеральну державну *sui generis*. Можна стверджувати, що ці фундаментальні компроміси, які були досягнуті після складних переговорів, кожен із розглянутих аспектів у рівній мірі є частиною «фундаментальних структур Бельгії, політичних і конституційних», оскільки вони вирішили глибоко вкорінені кризи. І якби хоч окремі елементи такого тонкого компромісу зникли, це могло б призвести до втраченої всієї рівноваги.

Таким чином, основні рішення щодо вибору, які були зроблені під час процесу федералізації в Бельгії, можна вважати частиною її національної ідентичності.<sup>93</sup> Це, зокрема, стосується фундаментальних рішень в питаннях територі-

<sup>90</sup> See, on the historical links between the Dutch Constitution of 1815 and the Belgian Constitution of 1831, A. ALEN, A.W. HERINGA, D. HEIRBAUT and C. J. ROTTEVEEL MANSVELD (eds.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden van 1815. Staatkundige en historische beschouwingen uit België en Nederland*, The Hague / Bruges, Boom / die Keure, 2016.

<sup>91</sup> A. ALEN, D. HALJAN, P. PEETERS and S. FEYEN (eds.), *International Encyclopaedia of Constitutional Law — Belgium*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, nos. 425, 456–458 and 484.

<sup>92</sup> Ключові аспекти вказаного Шкільного пакту, що стосуються активної та пасивної свободи освіти та її фінансування, були закріплені у статті 24 Конституції 1988 року, і Конституційний суд був уповноважений переглядати законодавство на відповідність цій новій статті 24.

<sup>93</sup> E. CLOOTS, “Europese integratie en de eerbiediging van de nationale identiteit van de lidstaten”, in E. VANDENBOSCHEN and S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *o.c.*, 25–26.

Цей автор включає вибір, чи надавати регіональним органам влади певну політичну автономію, вибір стати федеральною державою, формування федеративних утворень, визначення їх законодавчих повноважень, а також їх застосування *ratione personae* та *ratione materiae* і органів, уповноважених здійснювати ці повноваження, а також для забезпечення розподілу повноважень.

<sup>86</sup> Наприклад: BVerfG 14 January 2014, 2 BvR 2728/13 (*Gauweiler*). This referring judgment was followed by ECJ 16 June 2015, *Gauweiler*, C-62/14 and BVerfG 21 June 2016, 2 BvR 2728/13. In the Bundesverfassungsgericht's final judgment, the OMT mechanism was only held to be consistent with the German Constitution provided some restrictive interpretations.

<sup>87</sup> Наприклад: BVerfG 15 December 2015, 2 BvR 2735/14.

<sup>88</sup> H. DUMONT, “L'intégration européenne et le respect de l'identité nationale des états (notamment fédéraux)”, in E. VANDENBOSCHEN and S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Europese voorschriften en Staatshervorming / Contraintes européennes et réforme de l'Etat*, Bruges, die Keure, 2013, 55, who limits this ambit to “ce qui fait qu'un État est lui-même et non un autre, ce qui permet de le reconnaître et de le distinguer des autres”.

<sup>89</sup> W. VERRIJDT, *o.c.*, no. 43.



ального федералізму, правил мовного паритету та специфічного регулювання мовних відносин<sup>94</sup>. У цьому контексті можна також відзначити і характерний для Бельгії патисипативний та корпоративний федералізм.<sup>95</sup>

**22.** Інше цікаве питання полягає в тому, чи є частиною національної ідентичності конституційні каталоги прав людини, або принаймні якщо вони залишаються дійсними як «щит» від вторинного права ЄС, оскільки вони пропонують ширший захист прав людини, ніж Хартія. У Бельгії кілька конституційних прав, які все ще надають ширший захист, ніж Хартія та Конвенція, насправді є результатом конкретних історичних умов Бельгії (див. № 21).

Відповідно до тлумачення ЄСС статті 53 Хартії, національні конституції можуть, однак, не надавати такого захисту від актів вторинного права ЄС та їхньої національної імплементації, оскільки це може поставити під загрозу «примат, єдність і ефективність» права ЄС.<sup>96</sup> Ця інтерпретація ЄСС піддається критиці, оскільки вона, як видається, суперечить самій редакції цього положення, ставить під загрозу рівень захисту прав людини, наданий національними конституціями, і призводить до виникнення двох різних рівнів захисту прав людини, залежних від застосовності права ЄС. Ця небезпека, а також правова невизначеність, яку вона може зумовити, може бути усунена тільки сильним діалогом між ЄСС та національними конституційними судами, а також досконалішим обґрунтуванням рішень ЄСС, які також враховують національні конституційні інтереси<sup>97</sup>.

Рішення Федерального Конституційного суду Німеччини від 15 грудня 2015 року показує

<sup>94</sup> In its *Las* judgment, the ECJ has acknowledged that the protection of the official language of a federated entity is part of Belgium's national identity, but it has nevertheless stated that a Flemish Community Act requiring the contracts between employers and employees to be in Dutch, regardless their own language, went too far (ECJ 16 April 2013, *Las*, C-202/11, par. 26).

<sup>95</sup> H. DUMONT, *o.c.*, 66.

<sup>96</sup> ECJ 26 February 2013, *Melloni*, C-399/11, par. 60. Див. параграф 58: «Таке тлумачення статті 53 Хартії [надання державі-члену можливості застосовувати стандарт захисту основоположних прав, гарантованих її конституцією, коли цей стандарт є вищим, ніж той, що випливає з Хартії], підірвало б принцип примату права ЄС, оскільки це дозволить державі-члену не застосовувати правові норми ЄС, які повністю відповідають Хартії, коли вони порушують основні права, гарантовані конституцією цієї держави».

<sup>97</sup> A. ALEN, *o.c.*, 36-38; J. КОМАРЕК, "The place of national constitutional courts in the EU", *ECLR* 2013, 433.

потенціал пов'язування принципу національної ідентичності з конституційним каталогом прав людини. У цьому рішенні Федеральний Конституційний Суд роз'яснив, що він захищатиме основоположні права як частину конституційного контролю, здійснюваного у провадженнях за конституційними скаргами.<sup>98</sup> Таке обґрунтування, як видається, означає, що якщо Основоположний Закон (Конституція Німеччини — *ред.*) пропонує ширший захист, ніж Хартія, рішення Меллоні фактично скасовується. Слід, однак, відзначити, що Федеральний Конституційний Суд буде здійснювати цю компетенцію стримано, відкрито до європейської інтеграції, і після попереднього діалогу з Європейським судом.

Оскільки Конституційний суд Бельгії ще не визначив обсяг бельгійської національної ідентичності (див. № 21), незрозуміло, чи можна було б обійти рішення Меллоні, використовуючи цю техніку.

**23.** На думку Європейського суду, монополія на перегляд вторинного права ЄС перебуває у Люксембурзькому суді<sup>99</sup> і охоплює також перегляд на предмет відповідності національній ідентичності (*national identity review* — *авт.*) у світлі статті 4.2 Договору ЄС.<sup>100</sup> З цієї точки зору, немає місця для перегляду на предмет відповідності національній ідентичності конституційними судами. Проте деякі конституційні суди вже визнали, що зобов'язання вторинного права ЄС не будуть застосовані, якщо вони суперечать елементам національної ідентичності.<sup>101</sup>

Прецедентна практика цих конституційних судів показує, що погляд ЄС на національну ідентичність не є єдиним, натомість має бути зба-

<sup>98</sup> BVerfG 15 December 2015, 2 BvR 2735/14 (see no. 20).

<sup>99</sup> ECJ 22 October 1987, *Foto-Frost*, C-314/85; ECJ 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 and C-189/10.

<sup>100</sup> ECJ 14 October 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH t. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02; ECJ 22 December 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

<sup>101</sup> E.g. BVerfG 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell* (Germany); CC n° 2006-540, 27 July 2006, *Droit d'auteur*; CC n° 2010-79 QPC, 17 December 2010, *Kamel Daoudi* (France); конституційний контроль вторинного законодавства ЄС Конституційним судом Польщі (SK 45/09, 16 November 2011). Конституційний суд Чехії вже оголосив норму вторинного права ЄС незастосовною після процедури перегляду *ultra vires* (Pl. ÚS 5/12, 14 February 2012). Див. також рішення Федерального Конституційного Суду Німеччини у справі *Gauweiler*, в якому механізм ОМТ вважався узгодженим лише з німецькою Конституцією, що передбачає обмежувальні тлумачення (BVerfG 21 June 2016, 2 BvR 2728/13; see no. 20).

лансований з національним поглядом на неї.<sup>102</sup> На думку деяких авторів, Європейський суд не має достатніх можливостей для того, щоб визначити для кожної держави-члена, які аспекти її національної конституції стосуються її національної ідентичності.<sup>103</sup> Тому справжній діалог між національними конституційними судами та Європейським судом необхідний у кожному випадку, коли йдеться про елемент національної ідентичності.

**24.** Практика Конституційного суду Бельгії показує, що він не уникає діалогу з Європейським судом (див. п. 17). У принципі, Конституційний суд Бельгії поважатиме пріоритет права ЄС і перевірятиме лише конституційність актів, що імплементують норми вторинного права ЄС, враховуючи те, що вони залишають законодавчому органу вільний вибір застосовуваних засобів.<sup>104</sup> Якщо дійсність норми вторинного права ЄС оскаржуватиметься в Конституційному суді, він передасть справу до Європейського суду для попереднього рішення (*preliminary ruling — авт.*).<sup>105</sup>

Цікавим прикладом такої практики є справа *Test-Achats*. Бельгійська організація захисту прав споживачів, яка не оскаржувала перед Європейським судом положення директиви, що дозволяє національним законодавцям розрізняти розміри страхових внесків зі страхування життя чоловіків і жінок, оскаржила закон, що імплементував цю можливість, до Конституційного суду. Клопотання про скасування закону було засноване на принципі рівності та недискримінації, закладеному в Конституції Бельгії, але Конституційний Суд передав справу до Європейського суду для попереднього рішення щодо принципу рівності у відношенні директиви та відповідно до законодавства ЄС.<sup>106</sup> ЄС визнав порушення цього принципу та

постановив, що положення директиви є недійсним.<sup>107</sup> Згодом Конституційний Суд скасував бельгійську транспозицію (національну норму, що імплементувала директиву — *ред.*), просто копіюючи аргументацію по суті з рішення Європейського суду.<sup>108</sup>

**25.** Таким чином, Конституційний Суд Бельгії підтримує принцип щирої співпраці з Європейським Союзом. Забезпечення повної дії права ЄС узгоджується із забезпеченням верховенства права. І все ж забезпечення прав людини є ще більш переконливою рисою верховенства права. Якщо обидва принципи суперечать один одному, Конституційний Суд, ймовірно, використає всі існуючі методи судового діалогу, щоб уникнути проблем, але стверджує, що виходитиме з верховенства права.

## б. ЄС та Європейська Конвенція прав людини

**26.** Європейська конституційна багатоманітність не обмежується національними конституціями та законодавством ЄС, а також містить Конвенцію, яка також повинна тлумачитися та застосовуватися відповідно до принципу *повної реалізації* (*full effect*).<sup>109</sup> Проблеми можуть виникнути, коли принцип повної реалізації права ЄС суперечить принципу повної реалізації Конвенції.<sup>110</sup>

З точки зору ЄСПЛ, Конвенція встановлює мінімальні стандарти захисту, які мають дотримуватися всіма державами-членами, навіть якщо їхні конституції чи зобов'язання за договорами передбачають нижчий рівень захисту. Державачлен не може відкидати ці зобов'язання просто шляхом посилання на інші міжнародні та наднаціональні зобов'язання,<sup>111</sup> включаючи зобов'язання, що впливають із права ЄС. За відсутності офіційного приєднання ЄС до Конвенції, ЄСПЛ не має компетенції безпосередньо переглядати акти вторинного законодавства ЄС на предмет відповідності Конвенції.<sup>112</sup> Водночас ЄСПЛ опосередковано розглядає вторинне законодавство ЄС на

<sup>102</sup> R. ARNOLD, "The Federal Constitutional Court of Germany in the context of European integration", in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING and P. VAN NUFFEL (eds.), *Human Rights Protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, Antwerp, Intersentia, 2011, 252–253.

<sup>103</sup> L. BESSELINK, "National and constitutional identity before and after Lisbon", *Utrecht Law Review*, 2010, 45.

<sup>104</sup> CC no. 59/2014, 3 April 2014; no. 144/2014, 9 October 2014.

<sup>105</sup> Validity questions to the ECJ have been referred in the following eight cases: CC no. 124/2005, 13 July 2005 (*European Arrest Warrant*); no. 126/2005, 13 July 2005 (*Money Laundering*); no. 103/2009, 18 June 2009 (*Services Directive*); no. 128/2009, 24 July 2009 (*European Arrest Warrant*); no. 116/2012, 10 October 2012 (Directive 95/46); no. 172/2013, 19 December 2013 (*Universal Services Directive*); no. 165/2014, 13 November 2014 (*VAT Directive*); no. 15/2015, 5 February 2015 (*Commission decisions*).

<sup>106</sup> CC no. 103/2009, 18 June 2009.

<sup>107</sup> ECJ 1 March 2011, *Test-Achats*, C-236/09.

<sup>108</sup> CC no. 116/2011, 30 June 2011.

<sup>109</sup> ECtHR (GC) 7 February 2013, *Fabris v. France*, § 75.

<sup>110</sup> Наприклад: M. BOSSUYT and W. VERRIJDT, "The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment", *EuConst* 2011, 383–387.

<sup>111</sup> E.g. ECtHR (GC) 12 September 2012, *Nada v. Switzerland*, §§ 196–198.

<sup>112</sup> ECtHR (GC) 18 February 1999, *Matthews v. United Kingdom*, §§ 32–35.

предмет відповідності Конвенції, переглядаючи закони та рішення, якими держави-члени транспортують і впроваджують вторинне законодавство ЄС.<sup>113</sup> У своїй відомій справі *Bosphorus* ЄСПЛ врівноважив інтереси захисту прав людини з інтересами європейської інтеграції, визнавши, що, в принципі, нижчий стандарт перевірки застосовується, якщо йдеться про зобов'язання за законодавством ЄС. У таких випадках передбачається, що держава-член, яка виконує зобов'язання законодавства ЄС, дотримувалась своїх зобов'язань за Конвенцією, але лише в частині захисту, «що стосується змістових гарантій та механізмів контролю за їх дотриманням», передбачених правом ЄС, є еквівалентним захисту за Конвенцією. Проте ця презумпція може бути спростована, якщо з обставин конкретної справи вбачається, що захист прав, зазначених у Конвенції, є явно недостатнім.<sup>114</sup> Явно недосконалий захист існує і звичайний перегляд ЄСПЛ застосовується, якщо національний суддя не передав справу до ЄС для попереднього питання щодо обґрунтованості<sup>115</sup> (*preliminary validity question* — *авт.*). Крім того, якщо дії держави не повністю продиктовані законодавством ЄС, оскільки державні органи мають певну дискреційну владу, презумпція *Bosphorus* не застосовується, якщо держава реалізує власну дискрецію.<sup>116</sup>

З точки зору Європейського суду, Конвенція не є частиною основного права ЄС і тому не є формальною підставою для перегляду вторинного права ЄС. Вона функціонує лише як інструмент для тлумачення прав людини, які є частиною первинного права ЄС, оскільки вони викладені в Хартії або тому, що вони є загальними принципами права ЄС. Тим не менш, нормативна цінність Конвенції підсилюється статтею 52.3 Хартії, яка вимагає, щоб зміст та обсяг прав Хартії, які кореспондують правам Конвенції, були такими ж, як і ті, що встановлені Конвенцією,<sup>117</sup> що дає можливість ЄС надавати ширший захист. Це положення демонструє обсяг довіри ЄС до системи захисту прав людини ЄСПЛ за Конвенцією в рішенні *Bosphorus*. Правова практика Європейського суду, на-

томість, не формулює принцип еквівалентного захисту щодо системи Конвенції.<sup>118</sup> Враховуючи сильну прихильність Європейського суду до принципу єдності права ЄС, він залишає за собою монополію на перевірку вторинного законодавства ЄС<sup>119</sup> і не дозволяє національним суддям відкидати вторинне законодавство ЄС або його національну транспозицію для порушення Конвенції. У висновку щодо приєднання ЄС до Конвенції чітко видно, що Європейський суд також не приймає зовнішнього контролю з боку ЄСПЛ.<sup>120</sup>

**27.** У цьому контексті постає питання, який підхід національні конституційні суди повинні застосовувати при перегляді Закону, що трансформує або імплементує зобов'язання вторинного права ЄС, що суперечать Конвенції в розумінні ЄСПЛ, тоді як ця норма вторинного права ЄС не суперечить Хартії у тлумаченні Європейського суду.<sup>121</sup>

**28.** Напруга зростає, коли Європейський суд не використовує повністю надане ЄСПЛ тлумачення конвенційних прав, аналогічних правам Хартії.<sup>122</sup> До прикладу, у справі *Åkerberg Fransson* Європейський суд справедливості не слідував, і навіть не згадав, сформульований ЄСПЛ у його прецедентній практиці принцип *ne bis in idem*.<sup>123</sup> У цій справі ЄС зазначив «що стаття 50 Хартії не перешкоджає державі-члену встановити для тих самих актів невідповідності [...] поєднання податкових санкцій та кримінальних покарань. Для того, щоб забезпечити збір усіх надходжень від ПДВ і у такий спосіб захистити фінансові інтереси Європейського Союзу, держави-члени мають свободу вибирати відповідні санкції [...] Таким чином, ці покарання можуть мати форму адміністративних

<sup>118</sup> G. Rosoux, *Vers une "dématérialisation" des droits fondamentaux?*, Brussels, Bruylant, 2015, 777.

<sup>119</sup> ECJ 22 October 1987, *Foto-Frost*, C-314/85; ECJ 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 and C-189/10.

<sup>120</sup> ECJ 18 December 2014, *Opinion no. 2/13 on the Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

<sup>121</sup> The answer to this question would be a lot easier if the EU would accede the Convention itself.

<sup>122</sup> Див. приклади у J. CALLEWAERT, "Leur sens et leur portée sont les mêmes. Quelques réflexions sur l'article 52, § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", *Journal des Tribunaux* 2012, 596.

<sup>123</sup> Пояснення, що стосуються Хартії основних прав, тим не менш, чітко вказують на статтю 50 Хартії і статтю 4 сьомого протоколу до Конвенції, що повинні мати той самий зміст і обсяг. Захист у законодавстві ЄС має бути навіть ширшим, оскільки стосується всіх юрисдикцій у всіх державах-членах.

<sup>113</sup> ECtHR (GC) 15 November 1996, *Cantoni v. France*, § 30.

<sup>114</sup> ECtHR (GC) 30 June 2005, *Bosphorus v. Ireland*, §§ 152–158.

<sup>115</sup> ECtHR 6 December 2012, *Michaud v. France*, §§ 112–115.

<sup>116</sup> ECtHR (GC) 21 January 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, §§ 338–340.

<sup>117</sup> This includes the ECtHR's interpretation of these Convention rights (Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, 2007/C-303/02, *Of* 14 December 2007, C-303/32–35).

санкцій, кримінальних покарань або поєднання цих двох покарань. [...]». Якщо ж потім залишити «для вирішення відповідним судом [...] питання, чи передбачене національним законодавством поєднання податкових санкцій з кримінальними має бути перевірене на предмет відповідності національним стандартам [...], він може, виходячи з обставин справи, визнати їх поєднання таким, що суперечить таким стандартам, в той час як інші санкції є ефективними, пропорційними та переконливими».<sup>124</sup> Страсбурзьке прецедентне право не передбачає виключення з правила *ne bis in idem*.<sup>125</sup>

Конституційний суд Бельгії зіткнувся з цією розбіжною судовою практикою, розглядаючи справу про скасування Акта, що дозволяв Офісу прокуратури та податковій адміністрації вирішувати між ними питання про те, до якої відповідальності притягувати за податкове правопорушення — кримінальної чи адміністративної. Каральне переслідування було можливим після накладення за той самий проступок адміністративного штрафу, хоча адміністративний штраф не міг бути накладений доти, поки тривало кримінальне переслідування, і скасовувався, коли підозрюваний поставав перед судом. Конституційний Суд скасував цю можливу подвійну відповідальність без посилання на рішення ЄСС у справі *Åkerberg Fransson*,<sup>126</sup> яке могло дозволити такі процедури, посиляючись лише на жорсткішу практику ЄСПЛ, що забороняє будь-яке подвійне притягнення до відповідальності.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> ECJ 26 February 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, par. 34 and par. 36.

Висновок Генерального адвоката (п. 71–74) вказує на те, що замовчування Судом прецедентного права ЄСПЛ можна пояснити тим фактом, що не всі держави-члени ратифікували Сьомий протокол, а інші держави-члени подали застереження або заяви до статті 4 Протоколу № 7, обмежуючи його застосування до кримінальних правопорушень. Цей брак згоди між державами-членами пояснює, чому держави-члени, на відміну від рішення *Melloni*, вільні застосовувати вищі стандарти захисту основних прав.

(К. LENAERTS, “Human rights protection through judicial dialogue between national constitutional courts and the European Court of Justice”, in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN and W. VERRIJDT (eds.), *Liberæ cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Antwerp, Intersentia, 2013, 376–377.

<sup>125</sup> Фактично, Швеція була засуджена ЄСПЛ у дуже схожій справі з позовом до ЄСС *Åkerberg Fransson judgment* (ECtHR 27 November 2014, *Lucky Dev v. Sweden*, § 62).

<sup>126</sup> Проте він не ігнорував можливу застосовність права ЄС і згадав про існування статті 50 Хартії.

<sup>127</sup> CC no. 61/2014, 3 April 2014, referring to Article 4 of the Seventh Protocol to the Convention, which came into force in Belgium on 1 July 2012, and to ECtHR (GC) 10 February 2009, *Zolotukhin v. Russia*, § 82; ECtHR 16 June 2009, *Ruotsalainen v. Finland*, § 56.

Таким чином, Конституційний Суд застосував принцип найбільш широкого захисту. На думку автора, Конституційний Суд беззастережно визнав, що стаття 4 Сьомого протоколу та стаття 50 Хартії пропонують еквівалентний захист, як зазначено у статті 52.3 Хартії; згадуючи при цьому обидва положення договору, проте посиляючись лише на прецедентне право ЄСПЛ.<sup>128</sup> Однак слід зазначити, що ця справа не підпадає під сферу дії права ЄС.

**29.** У разі застосовності права ЄС, Конституційний суд Бельгії бере участь у попередньому діалозі з Європейським судом.<sup>129</sup> Цей діалог означає, що застосовується процедурна частина презумпції *Bosphorus*, щоб ЄСПЛ згодом застосував свій підхід (див. п. 26). Таким чином, навіть якщо Європейський суд не визнає порушення і Конституційний Суд обмежуватиметься виконанням рішення Європейського суду, є лише невеликий ризик того, що ЄСПЛ визнає порушення в наступному рішенні. Проте принаймні одна справа свідчить про те, що Конституційний суд Бельгії не обмежує свій наступний перегляд лише виконанням рішення Європейського суду.

Ця справа стосувалася 2-ої Директиви про відмивання грошей,<sup>130</sup> акт про впровадження якої був оскаржений до Конституційного Суду, головним чином, у зв'язку із порушенням статей 6 і 8 Конвенції. Суд направив цю справу до Європейського суду для попереднього розгляду питання про те, чи порушує Директива про боротьбу з відмиванням грошей статтю 6 Конвенції (і, таким чином, статтю 6 Договору ЄС), оскільки вона поширює на юристів обов'язок повідомляти про підозрілі операції.<sup>131</sup> ЄСС не визнав порушення права на справедливий суд,<sup>132</sup> але згодом Конституційний Суд вимагав, щоб правові положення, які впроваджують Директиву про відмивання грошей, тлумачилися відповідно до статті 8 Конвенції.<sup>133</sup> Якби

<sup>128</sup> G. ROSOUX, *o.c.*, 792.

<sup>129</sup> CC no. 126/2005, 13 July 2005; CC no. 165/2014, 13 November 2014. Implicitly, by only referring to Article 6 TEU without specifying the relevant Convention rights: CC no. 124/2005, 13 July 2005.

<sup>130</sup> Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001 amending Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.

<sup>131</sup> CC no. 126/2005, 13 July 2005.

<sup>132</sup> ECJ 26 June 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others v Conseil des ministres (belge)*, C-305/05.

<sup>133</sup> CC no. 10/2008, 23 January 2008. На думку Конституційного Суду, єдине тлумачення, яке відповідає статті 8 Конвенції,



Конституційний Суд просто застосував логіку пріоритету права ЄС, він повинен був або виконати рішення Європейського суду, не виявивши жодного порушення, або ж повторно передати ту саму справу до Європейського суду для попереднього рішення щодо відповідності Директиви ст. 8 Конвенції.

Таким чином, Конституційний Суд запропонував ширший захист прав людини, ніж ЄСС,<sup>134</sup> що не підтримав висновку Генерального адвоката, який також згадував про потенційні проблеми відносно статті 8 Конвенції.<sup>135</sup> Підхід Конституційного Суду був пізніше підтриманий ЄСПЛ у його знаменитому рішенні *Michaud*.<sup>136</sup>

**30.** Конституційний Суд надає великого значення повній дії права ЄС при перевірці законодавчих положень на предмет відповідності Конвенції. Це стосується як прецедентної практики Європейського суду, так і Європейського суду з прав людини при тлумаченні прав людини, закладених у Конституції Бельгії, і проводить активний діалог з Європейським судом для подальших роз'яснень. Незважаючи на це, його практика показує, що вона застосовує принцип найширшого захисту прав людини.

### с. Висновок

**31.** У кожній державі, яка керується верховенством права, права людини є найвищими нормами, і вони повинні поважатися всіма державними органами, включаючи всіх суддів. Існування багатьох документів з прав людини, що накладаються один на одного, як національних, так і наднаціональних, має призводити лише до ширшого захисту, але насправді вони часто призводять до плутанини, оскільки тлумачення та застосування прав людини національними та наднаціональними конституційними суддями можуть відрізнятися. Конституційний суд систематично прагне забезпечити правову визначеність у цій сфері, а також уникнути судових рішень ЄСПЛ та Євро-

вимагає, щоб інформація, яку отримав адвокат під час конфіденційного спілкування зі своїм клієнтом, у зв'язку чи незалежно від того, чи вона відбувалася під час юридичного представництва, була захищена професійною таємницею.

<sup>134</sup> E. CLOOTS, "Het Grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair Unierecht aan fundamentele rechten", in A. ALEN and J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Bruge, die Keure, 2008, 28–33.

<sup>135</sup> Concl. Adv.-Gen. Poirares Maduro, 14 december 2006, C-305/05, par. 41.

<sup>136</sup> ECtHR 6 December 2012, *Michaud v. France*, §§ 126–131.

пейського суду з визнанням порушень на основі розуміння прав людини, викладених в Конституції Бельгії, в світлі тлумачення ЄСПЛ та ЄСС Конвенції та Хартії. Коли обсяг аналогічних прав людини відрізняється, Конституційний Суд, радше, вибере варіант найширшого захисту прав людини.

## 2. БОРОТЬБА З ТЕРОРИЗМОМ

**32.** Основні принципи верховенства права, такі як права людини, можуть опинитися під загрозою у зв'язку із шокуючими суспільними подіями, найбільш актуальним сучасним прикладом яких є терористичні напади. Тероризм безпосередньо і опосередковано пов'язаний з правами людини: безпосередньо, оскільки терористичні напади спрямовані на заподіяння смерті і тяжких тілесних ушкоджень, і опосередковано, коли відповідь держави на тероризм призводить до впровадження політики і практики, що обмежують права людини.<sup>137</sup> Незважаючи на юридичний обов'язок по боротьбі з тероризмом, держави також залишаються зобов'язаними дотримуватися меж, встановлених законодавством про права людини.

Терористичні загрози часто зумовлюють нове законодавство, яке, ймовірно, буде оскаржено до Конституційного Суду. Завдання Суду полягає в тому, щоб знайти відповідний баланс між боротьбою з тими, хто загрожує самим засадам західноєвропейського суспільства, і зберегти верховенство права, яке є однією з цих засад. Конвенція відіграє важливу роль стосовно цього, оскільки, з одного боку, юриспруденція Конституційного Суду завжди керується існуючою прецедентною практикою ЄСПЛ (див. п. 4), а також тому, що ЄСПЛ може бути покликаний розглядати, в окремих випадках, відповідність рішень Конституційного Суду Конвенції. Перш ніж розглянути детальніше ці тези, необхідно зробити два попередні зауваження.

**33.** Насамперед слід зазначити, що всупереч багатьом національним конституціям Конституція Бельгії не містить положень про надзвичайний стан. Стаття 187 Конституції навіть передбачає протилежне: «Конституцію не можна повністю або частково призупинити». Це свідчить про те, що Бельгія має Конституцію «мирного часу», розроблену з точки зору країни, яка має залишатися

<sup>137</sup> Special UN Rapporteur K. KOUFA, "Terrorism and Human Rights", UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/27; UN Doc. E/CN.4 Sub.2/2001/31; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/35.

нейтральною в будь-якому конфлікті.<sup>138</sup> Більше того, метою цього положення було уникнення переворотів, що пов'язано історично з заворушеннями у Франції в липні 1830 року. Це положення передбачає, що конституційні права, у їхньому тлумаченні в світлі Конвенції, повністю застосовуються при перегляді законодавства щодо анти-терористичних заходів.

З огляду на згадане конституційне положення, виникає питання, чи бельгійські органи влади мають право оголошувати надзвичайний стан згідно зі статтею 15 Конвенції. Оскільки права людини, викладені в Конституції Бельгії, нерозривно пов'язані з правами людини, викладеними в Конвенції (див. п. 4), кожна відмова від (деяких) прав, передбачених Конвенцією, передбачає часткове призупинення дії Конституції. Таким чином, стаття 187 Конституції можна вважати такою, що пропонує ширшу охорону прав людини, ніж стаття 15 Конвенції.

**34.** По-друге, в європейській літературі<sup>139</sup> стверджується, що балансування моделей захисту прав людини забезпечує кращу рівновагу між національною безпекою та захистом прав людини, порівняно з моделями категоризації.<sup>140</sup> Балансування надає судді можливість зважити всі обставини, як державні, так і приватні, тоді як категоризація використовує чітко визначені категорії. Контроль за дотриманням прав людини, здійснюваний Конституційним Судом, головним чином, відповідає моделі балансування, за винятком питань абсолютних прав людини, які не допускають обмежень.

**35.** ЄСПЛ напружував об'ємну судову практику щодо заходів протидії тероризму.<sup>141</sup> Ця судова

практика виражає три ключові принципи. Перший полягає в тому, що ЄСПЛ проводить чітке розмежування між заходами, що обмежують абсолютні права людини, тобто захищені від дерогації згідно зі статтею 15 Конвенції, та заходи, що обмежують інші права людини. Це розмежування є важливішим, ніж офіційне повідомлення про надзвичайний стан згідно зі статтею 15 Конвенції, яке на позицію Суду суттєво не впливає.

Другий принцип полягає в тому, що надзвичайний стан не дозволяє державам знижувати рівень захисту невідчужуваних прав (абсолютні права, які не підлягають обмеженням — *ред.*). Однак навіть стосовно цих прав Суд демонструє певне розуміння важких обставин, за яких змушені діяти державні органи, і тому він проявляє деяку по-блажливості у визначенні того, чи був цей рівень забезпечений. До прикладу, він визнав прийнятною екстрадицію підозрюваного в тероризмі до країни, яка не є членом Конвенції, на підставі простої дипломатичної гарантії, що він не буде підданий катуванню.<sup>142</sup> Він також визнав прийнятною одиночну камеру протягом восьми років ув'язнення особливо небезпечного терориста.<sup>143</sup> У справі про облогу в московському театрі чеченськими сепаратистами Суд не знайшов порушення права на життя, хоча російська влада закінчила кризу із заручниками низкою жертв.<sup>144</sup> Водночас Суд чітко підтвердив, що сфера застосування невідчужуваних прав (що не підлягають обмеженню) охоплює заходи боротьби з тероризмом, і він не соромиться виявляти порушення цих прав, навіть у контексті тероризму.<sup>145</sup>

F. VANNESTE, "Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de overheden die terrorisme bestrijden: brothers in arms?", *RW* 2003–2004, 1665–1677. See also the Factsheet "Terrorism and the European Convention on Human Rights", established by the Press Unit of the European Court of Human Rights, [www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Terrorism\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Terrorism_ENG.pdf).

<sup>142</sup> ECtHR 17 January 2012, *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, §§ 192–204.

<sup>143</sup> ECtHR (GC) 4 July 2006, *Ramirez Sanchez v. France*, §§ 136–150.

<sup>144</sup> ECtHR 20 December 2011, *Finogenov and others v. Russia*, §§ 217–262.

<sup>145</sup> ECtHR (GC) 28 February 2008, *Saadi v. Italy*, § 138; ECtHR (GC) 19 February 2009, *A. and others v. United Kingdom*, § 126; ECtHR 31 January 2012, *M.S. v. Belgium*, § 126; ECtHR (GC) 13 December 2012, *El-Masri v. FYROM*, § 195; ECtHR 4 September 2014, *Trabelsi v. Belgium*, § 118: "However, none of these factors have any effect on the absolute nature of Article 3. As the Court has affirmed on several occasions, this rule brooks no exception. [...] that it is not possible to make the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, a material consideration or to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of the State is engaged under Article 3".

<sup>138</sup> W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand", *Preadviezen voor de Vereniging voor vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1950, 13.

<sup>139</sup> Американські вчені вважають, що моделі балансування занадто багато уваги приділяють питанням індивіда, отже, сприяють терористам (напр.: L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Westbury, Foundation Press, 1988, 794).

<sup>140</sup> S. SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitation of Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 406.

<sup>141</sup> Див.: F. BERNARD, "La Cour européenne des droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme", *RTDH* 2016, 43–59; S. KOWALSKA, "Human Rights Protection and Terrorism — Reflections in the Context of Strasbourg Jurisprudence", *Politické vedy* 2015, 25–42; J. P. LOOF, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005; L.-A. SICILIANOS, "The European Court of Human Rights at a Time of Crisis in Europe", *EHRLR* 2016, 121–135; S. SOTTIAUX, *o.c.*, 67–321;

Третій принцип полягає в тому, що Суд демонструє високий ступінь поблажливості щодо прав, які підлягають обмеженню, в терористичному контексті, надаючи державам-членам дуже широку свободу розсуду.

Такі заходи також мають бути безпосередньо пов'язані з переслідуваною метою.<sup>146</sup> Але відповідні заходи практично завжди приймаються без ретельного розгляду по суті,<sup>147</sup> за умови, що всі індивідуальні заяви про такі заходи мають підлягати контролю незалежним судом. Цей підхід «процедуралізації» (“*proceduralisation*”), спрямований на запобігання зловживанням законодавством, що є необхідним для боротьби з тероризмом, застосовується до методів обшуку, прослуховування телефонів, доступу до секретних файлів тощо.<sup>148</sup>

**36.** Прецедентна практика Конституційного суду Бельгії щодо заходів протидії тероризму керується тими ж принципами. Прецедентне право щодо невідчужуваних прав обмежується справами, які стосуються статті 7 Конвенції. У випадку, коли було застосовано ретроспективне кримінальне обвинувачення<sup>149</sup> з метою притягнення до відповідальності одного підозрюваного терориста, який нібито вчинив терористичні злочини в Туреччині, але проживав у Бельгії, Конституційний Суд чітко вказав, що права, що не підлягають обмеженню, повністю застосовуються у випадках тероризму. У дуже короткому обґрунтуванні він

<sup>146</sup> ECtHR 2 December 2014, *Güler and Ugur v. Turkey*, § 53: “laws against terrorism should not be used as a pretext to limit legitimate religious activity”.

<sup>147</sup> Напр., адміністративний штраф за мультфільм, який нібито схвалював атаки 11 вересня (ECtHR 2 Octobre 2008, *Leroy v. France*, §§ 43–46), the dissolution of a political party (ECtHR 30 June 2009, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, §§ 85–91).

<sup>148</sup> ECtHR 6 September 1978, *Klass and others v. Germany*, § 56 (in that case, the review was performed by the Bundestag, instead of by a judge); ECtHR 24 April 1990, *Kruslin v. France*, § 34; ECtHR 15 June 1992, *Lüdi v. Switzerland*, § 38; ECtHR 26 May 1993, *Branigan and McBride v. United Kingdom*, § 61–65; ECtHR 18 May 2010, *Kennedy v. United Kingdom*, § 167; ECtHR (GC) 12 September 2012, *Nada v. Switzerland*, § 212.

<sup>149</sup> Правове положення поширило юрисдикцію бельгійських кримінальних судів на терористичні злочини, вчинені іноземцем за межами Бельгії, якщо цей іноземець знайдений у Бельгії. Спочатку це положення застосовувалося лише до дій, вчинених після набуття чинності цим положенням, але для того, щоб забезпечити переслідування одного з підозрюваних терористів, законодавець негайно ввів його в дію і поширив на вже триваючі кримінальні процедури. Конституційний Суд визнав це розширення юрисдикції нормою матеріального кримінального права, оскільки він дозволяв переслідувати осіб, яких не можна було переслідувати до набрання чинності цим правилом.

вказав, що стаття 7 Конвенції забороняє застосування протизаконних обвинувальних заходів на шкоду підозрюваним правопорушникам, і тому суд скасовує це положення,<sup>150</sup> не вивчаючи питання про те, чи слід більш поблажливо підходити до застосування принципу незворотності в часі у справах, пов'язаних з тероризмом.

Стосовно принципу *lex certa*, котрий залишає трохи більше маневру, ніж заборона ретроспективності відповідальності, Конституційний Суд проявив певне розуміння важких обставин, за яких діють державні органи у ході боротьби з тероризмом. Його попередня судова практика щодо принципу *lex certa* була дуже суворою, але Конституційний Суд змінив свій курс, коли мова зайшла про той самий принцип, але у справі, пов'язаній з тероризмом. Посилаючись на прецедентну практику ЄСПЛ,<sup>151</sup> Конституційний суд постановив, що принцип *lex certa* не забороняє законодавчому органу надавати судді певну свободу розсуду у зв'язку із загальним характером законодавства, його застосовності до широкого кола справ та еволюції дій, які вони прагнуть санкціонувати.<sup>152</sup> Відтак, Суд прийняв досить розпливчате визначення *терористичного злочину*, вважаючи, що під цією назвою може критися тільки спеціальний намір вчинити акт тероризму. Цей поблажливий підхід продовжує застосовуватися як у випадках, пов'язаних з тероризмом,<sup>153</sup> так і в інших випадках.<sup>154</sup>

**37.** Прецедентне право Конституційного Суду, що стосується відчужуваних прав (що можуть бути обмежені — *ред.*), відображає як широку свободу розсуду, запропоновану ЄСПЛ, так і тенденцію до процедуралізації.

Найбільш помітним прикладом є розширення кола методів, які дозволяють розвідувальним службам виконувати свої завдання.<sup>155</sup> Конституційний суд визнав прийнятними ці нові методи, оскільки вони мали на меті впоратися з підвищени-

<sup>150</sup> CC no. 73/2005, 20 April 2005, B.8.

<sup>151</sup> ECtHR 25 May 1993, *Kokkinakis v. Greece*, §§ 40 and 52; ECtHR 22 November 1995, *S.W. v. United Kingdom*, § 36; ECtHR 15 November 1996, *Cantoni v. France*, §§ 29 and 31.

<sup>152</sup> CC no. 125/2005, 13 July 2005, B.6.2.

<sup>153</sup> CC no. 122/2014, 19 September 2014 (“*membership of a terrorist organization*”); no. 9/2015, 28 January 2015 (“*підбурювання до терористичної діяльності*”, “*вербування терористів*”, “*підготовка терористів*”); no. 8/2018, 18 January 2018 (“*traveling with a terrorist intent*”).

<sup>154</sup> Наприклад: CC no. 110/2015, 17 September 2015 (“*пластична хірургія*”); no. 72/2016, 25 May 2016 (“*сексизм*”).

<sup>155</sup> CC no. 145/2011, 22 September 2011.

ми ризиками для безпеки та новими методами, які використовуються тими, хто загрожує безпеці держави. Суд навіть підтвердив прийнятність ведення записів таємного спостереження стосовно таких осіб. Поряд із цим, він постановив, що як тільки Виконавча комісія встановить, що секретність даного файлу більше не є необхідною, відповідна особа повинна автоматично отримувати повідомлення про існування запису спостереження, що дозволить їй здійснювати свої процесуальні права.

**38.** Більша свобода законодавчої влади у справах, пов'язаних з тероризмом, також відображена в рішеннях Суду стосовно спеціальних методів розслідування. У 2004 році Суд ухвалив рішення щодо скарги на законодавство, яке запроваджувало нову методику розслідування кримінальними прокурорами. Оскільки ці методики могли бути використані в будь-якому кримінальному розслідуванні, рішення не стосується терористичних загроз. Застосовуючи прецедентну практику ЄСПЛ, Суд анулював деякі методики, які порушували право на приватність, наприклад, стеження, або які могли б порушити права *due process* або викликати дискримінацію, наприклад, проникнення та підбурювання співробітниками поліції. На додаток, він постановив, що судовий контроль за виконанням цих спеціальних методів не є достатнім.<sup>156</sup>

У 2007 році Суд повинен був винести рішення про подальше розширення спеціальних методів розслідування з конкретною метою боротьби з тероризмом, і Суд посилається на цю мету 13 разів у своєму обґрунтуванні. Цього разу Конституційний Суд застосував набагато шанобливіший підхід, визнавши прийнятними всі методи розслідування — деякі з яких були змінені через попередні рішення Суду — і лише вказав на відсутність незалежного судового контролю над окремими частинами розслідування.<sup>157</sup>

**39.** Такий самий підхід поширюється і на право на особисту свободу. Хоча Суд часто звертається до фундаментального характеру *habeas corpus*,<sup>158</sup> він підтвердив дійсність законодавства, що передбачає ширший режим попереднього ув'язнення у справах, пов'язаних з тероризмом.

У режимі, що застосовується до всіх злочинів, слідчий магістрат, який допитує підозрюваного в злочині, може прийняти рішення про попереднє утримання під вартою, якщо він вважає це необхідним для громадської безпеки. Якщо підозрюваний ризикує позбавленням волі на строк до 15 років, цей захід може бути вжито лише у випадку справжнього ризику того, що підозрюваний може вчинити нові злочини, що він може втекти, що він може знищити докази або що він буде спілкуватися зі своїми спільниками.

Враховуючи необхідність запобігання злочинам тероризму, що є значно кращим, ніж покарання винних, законодавець вирішив послабити ці умови у справах, пов'язаних з тероризмом. Він уточнив, що в таких випадках попереднє тримання під вартою можливе, навіть за відсутності згаданих справжніх ризиків, за умови, що підозрюваний ризикує позбавленням волі на 5 і більше років.

Конституційний Суд підтвердив правомірність цього розмежування між терористичними і нетерористичними злочинами через значні соціальні потрясіння, спричинені терористичними злочинами. Однак він наголосив, що умова «необхідності для громадської безпеки» має залишатися обов'язковою.<sup>159</sup>

**40.** Два рішення стосовно свободи слова є, з одного боку, показовими для вищенаведеного підходу, але, з іншого боку, демонструють, що влада законодавця не є необмеженою.

Оскільки процес радикалізації терористів часто викликають молоді люди, які стикаються з одіозними текстами в Інтернеті, федеральний законодавець вважав за необхідне криміналізувати «поширення повідомлень з метою підбурювання інших до здійснення терористичних актів». Ті, хто поширюють такі повідомлення, ризикують позбавленням волі від п'яти до десяти років, навіть якщо вони буквально не закликають до вчинення терористичних актів. Законодавець, однак, поставив криміналізацію цього діяння під умову, що поширення повідомлення викликало ризик того, що злочин терориста може бути скоєно.

У 2015 році Конституційний Суд вирішив, що таке кримінальне переслідування не порушує свободу слова, оскільки законодавець мав право захищати цінності, що лежать в основі Європейської конвенції з прав людини, проти тих, хто прагне їх

<sup>156</sup> CC no. 202/2004, 21 December 2004.

<sup>157</sup> CC no. 105/2007, 19 July 2007.

<sup>158</sup> Напр.: CC no. 201/2011, 22 December 2011, B.4.2 and B.7; no. 148/2017, 21 December 2017, B.63.2 and B.75.2; no. 91/2018, 5 July 2018, B.3.4.

<sup>159</sup> CC no. 31/2018, 15 March 2018, B.19.2.



підірвати. Суд, однак, додав, що суддя повинен завжди перевіряти, чи мав автор повідомлення намір підбурювати інших до вчинення терористичних злочинів, і чи було повідомлення такого характеру, що воно містило такий ризик.<sup>160</sup>

У 2016 році законодавець вніс зміни до вищезазначеного законодавства, оскільки судова практика показала, що довести існування зазначеного ризику неможливо. Тому він додав, що будь-яка мета, прямо або опосередковано підбурювати до терористичних актів, є достатньою для покарання, і усунув умову ризику того, що злочин терориста може бути вчинений.

Ця версія не пережила перевірки Конституційним Судом. На думку Суду, криміналізація тепер поширюється на надмірно широку категорію повідомлень. Сама мета сприяти отриманню доказів не може виправдати кримінальне покарання строком до десяти років за повідомлення, яке не обов'язково тягне за собою будь-який ризик вчинення злочину тероризму. Таким чином, цей варіант криміналізації не можна назвати необхідним у демократичному суспільстві.<sup>161</sup>

**41.1.** У справах, пов'язаних з тероризмом, як і в інших справах, Конституційний Суд застосовує законодавство ЄС і впроваджує відповідну прецедентну практику Європейського суду. Найбільш помітним прикладом є скасування<sup>162</sup> Судом Закону, що впроваджує Директиву про зберігання даних. Обґрунтування Суду, головним чином, складалося з копії-пейст (*copy-paste* — авт.; *копіювання* — ред.) рішення Європейського суду справедливості, яким дану Директиву визнано недійсною.<sup>163</sup>

**41.2.** Проте Конституційний Суд залишається пильним щодо балансу між антитерористичними заходами та правами людини. Односторонній фокус на захист прав людини може поставити під загрозу спроби уряду захистити своїх громадян від терористичних загроз і, таким чином, парадоксально, призведе до порушень прав людини в разі вчинення злочину тероризму. Суд навіть готовий заперечити практику Європейського суду з метою збереження цього делікатного балансу.

<sup>160</sup> CC no. 9/2015, 28 January 2015, B.25.4 and B.25.5.

<sup>161</sup> CC no. 31/2018, 15 March 2018, B.7.6.

<sup>162</sup> CC no. 84/2015, 11 June 2015.

<sup>163</sup> ECJ 8 April 2014, *Digital Rights Ireland Ltd.*, C-293/12 and C-594/12, *Kärntner Landesregierung and others*.

У 2016 році Суд Європейського Союзу виніс дуже суворе рішення щодо збереження даних. Він пояснив, що «загальне та невибіркоче зберігання всіх даних про дорожній рух та місцезнаходження всіх абонентів та зареєстрованих користувачів, що стосуються всіх засобів електронного зв'язку» порушує право на приватність (стаття 7 Хартії), право на захист персональних даних (стаття 8 Хартії), також свободу думки та інформації (стаття 11 Хартії). Європейський суд допускає лише «цільове утримання даних про дорожній рух і місцезнаходження, з метою боротьби із серйозними злочинами, за умови чіткого визначення категорій даних, які мають зберігатися, засобів спілкування, кола осіб, періоду зберігання, та є конче необхідними».<sup>164</sup>

Національні розвідувальні служби та судові органи підкреслюють, що вони не можуть функціонувати належним чином відповідно до цієї юриспруденції. Вони стверджують, що оскільки терористи використовують передові технології, то і ті, хто бореться з тероризмом, повинні мати доступ до тих самих засобів. Більше того, зберігання масових даних є необхідним інструментом для виявлення нових терористичних загроз. Цільове утримання даних не буде достатньо ефективним для виконання завдань із боротьби з тероризмом.

У 2018 році Конституційний Суд розглянув позов про скасування нової схеми утримання даних у Бельгії, яка покладає об'ємне зберігання даних на провайдерів зв'язку. Конституційний Суд міг би просто застосувати рішення *Tele2 Sverige*, анулюючи це законодавство. Але він вирішив не робити цього.

Суд передав справу до ЄСС для нової попередньої постанови, запропонувавши Люксембурзькому суду кілька аргументів проти його суворої позиції. По-перше, він повторив твердження законодавця про те, що цільове зберігання даних не було б можливим, додавши, що переважна більшість держав-членів стикаються з серйозними труднощами в імplementації юриспруденції Європейського суду.<sup>165</sup> По-друге, він зауважив, що замість цього законодавець оточив систему зберігання даних кількома сильними гарантіями конфіденційності та судовими гарантіями. По-третє, він зазначив, що ЄСПЛ допускає масове зберігання

<sup>164</sup> ECJ (GC) 21 December 2016, *Tele2 Sverige AB a.o.*, C-203/15 and C-698/15.

<sup>165</sup> Data retention across the EU, <http://fra.europa.eu/en/theme/information-society-privacy-and-data-protection/data-retention>.

даних.<sup>166</sup> По-четверте, він зазначив, що раніше подібні звернення вже були надіслані до ЄСС суддями інших держав-членів ЄС<sup>167</sup> і що в одній із цих справ Генеральний адвокат вже визнав, що статті 7 і 8 Хартії відкриті для більш ніж одного тлумачення.<sup>168</sup> По-п'яте, він пояснив, що бельгійська схема зберігання даних переслідує широке коло цілей, таких як боротьба з організованою злочинністю і тероризмом, боротьба з дитячою порнографією та належне функціонування служб екстреної допомоги. Щодо останньої мети, то він відзначив її зв'язок з фізичною цілісністю осіб. Щодо передостанньої мети, то він послався на прецедентну практику ЄСПЛ, і на позитивні обов'язки держав-членів щодо захисту фізичної недоторканності неповнолітніх, що випливають із положень статей 3 і 8 Європейської Конвенції прав людини.<sup>169</sup> Європейський суд ще не відповів на згаданий запит Конституційного Суду.

**42.** Вищезгадані судові рішення доводять, що бельгійський Конституційний Суд, як і ЄСПЛ, не вважає дискурс з прав людини серйозною перешкодою для боротьби з тероризмом, а радше додатковим джерелом підтримки демократичних цінностей, окреслюючи межі, в яких має відбуватися боротьба з тероризмом.<sup>170</sup> Він бере до уваги серйозність терористичних загроз і складність боротьби з ними, у такий спосіб надаючи державним органам достатню свободу дій для вжиття відповідних заходів, але не загального дозволу: абсолютні права людини залишаються абсолютними, тоді як відчужувані права людини можуть бути обмеженими із забезпеченням наступного контролю незалежним судом. Таким же чином, як і ЄСПЛ, Конституційний Суд відмовляється визнати надуману (*false — авт.*) дилему між свободою і безпекою, а вимагає захисту обох інтересів, які обидва є необхідними аспектами верховенства права.<sup>171</sup> Справді, треба мати на увазі, що верховенству права не повинно бути завдано шкоди або навіть знищено заради його ж захисту.<sup>172</sup>

<sup>166</sup> ECtHR 19 June 2018, *Centrum för Rättvisa v. Sweden*.

<sup>167</sup> Investigatory Powers Tribunal London, 31 October 2017; Audiencia provincial de Tarragona, Sección cuarta, 14 April 2016.

<sup>168</sup> Concl. Adv.-Gen. Henrik Saugmandsgaard Øe, 3 May 2018, C-207/16, *Ministerio Fiscal*.

<sup>169</sup> CC no. 96/2018, 19 July 2018.

<sup>170</sup> F. VANNESTE, "Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de overheden die terrorisme bestrijden: brothers in arms?", *RW* 2003–2004, 1665.

<sup>171</sup> L.-A. SICILIANOS, *o.c.*, 135.

<sup>172</sup> ECtHR 6 September 1978, *Klass and others v. Germany*, § 49.

## ВИСНОВОК

**43.** Хоча бельгійський Конституційний Суд спочатку був задуманий лише як арбітр законодавчих повноважень федерального рівня та суб'єктів федерації, згодом розширення його компетенції, а також його власна юриспруденція, зробили його важливим гравцем у сфері забезпечення верховенства права.

Хоча явні згадки про «верховенство права» у процесі роботи Конституційного Суду є досить обмеженими, цей фундаментальний принцип насправді є повсюдним. По-перше, він лежить в основі майже всіх стандартів перегляду Судом законодавства. По-друге, він є видимим, коли на карту поставлено доступ до правосуддя або стандарти належної процедури. По-третє, принципи правої визначеності та рівності, які дуже часто застосовуються Судом, можна розглядати як конкретизацію принципу верховенства права.

Верховенство права також є керівним принципом у тому, як Конституційний Суд розглядає міжнародне право та європейське право. Перш за все, Суд використовує ці норми як непрямі стандарти здійснюваного ним контролю, що гарантує їх повну дію. Але водночас він гарантує, що норми міжнародного та європейського права не посягають на верховенство права.

Сучасна терористична загроза є складним викликом для верховенства права. Хоча терористи використовують свою діяльність для того, щоб підірвати західноєвропейські цінності, такі як верховенство права, реакція держави сама по собі не повинна підірвати цей принцип. У зв'язку з цим Конституційний Суд забезпечує делікатний баланс між ефективністю антитерористичних заходів та ефективним захистом прав людини.

*Переклад:*  
канд. юрид. наук, доцент  
Олена БОРИСЛАВСЬКА,  
канд. юрид. наук, доцент  
Сергій РІЗНИК