

2005

# Almanac

Constitutional justice  
in the new millennium

# Алманах

Justice constitutionnelle  
au nouveau millenaire



# Алманах

Verfassungsjustiz  
im neuen Jahrtausend

# Альманах

Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN  
ЕРЕВАН

EREVAN  
EREVAN

2005  
2005

## СОДЕРЖАНИЕ

### Вступительное слово на X Ереванской международной конференции

<b>Гагик Арутюнян</b>	5
Председатель Конституционного Суда Республики Армения .....	

### Приветствия на X Ереванской международной конференции

<b>Роберт Кочарян</b>	10
Президент Республики Армения .....	

<b>Джианни Букикио</b>	14
Секретарь Венецианской комиссии Совета Европы .....	

<b>Люциус Вальдхабер</b>	21
Председатель Европейского суда по правам человека .....	

<b>Шерил Сандерс</b>	23
Председатель Международной ассоциации конституционного права .....	

### Доклады на X Ереванской международной конференции

<b>Марек Сафян</b>	27
Ответственность публичной власти как признак правового государства .....	

<b>Пьер Мазо</b>	39
Роль неправовых предположений в решениях конституционного судьи .....	

<b>Валерий Зорькин</b> Защита конституционных основ публичной власти и политических прав граждан в практике Конституционного Суда России .....	55
<b>Ян Мазак</b> Реформирующие законы в судебном процессе Конституционного Суда Словакии .....	68
<b>Джони Хецуриани</b> Значение прецедентного права Европейского суда по правам человека для национального права .....	73
<b>Валентин Шуклин</b> Построение правового государства в Республике Беларусь и роль Конституционного Суда в обеспечении верховенства Конституции .....	79
<b>Гидо Неппи Модона</b> Конституционное правосудие и политика в практике Италии .....	88
<b>Клод Клайн</b> Верховный Суд Израиля: парадигма суда в круговороте политики .....	96
<b>Берит Аявиксу</b> Принятие "политических" решений в практике Верховного Суда Эстонии .....	104
<b>Айварс Эндзинш</b> Применение принципа правового доверия при обстоятельствах общественной политической трансформации .....	110
<b>Тигран Торосян</b> Роль конституционных процессов в постсоветской трансформации .....	119
<b>Гагик Арутюнян</b> Некоторые политико-правовые деформации конституционализма в трансформирующихся общественных системах .....	137
<b>Думитру Пулбере</b> Официальное толкование Конституции Конституционным Судом: правовая необходимость и политические последствия .....	156

**Шерил Сандерс**

Дискуссии по социальным и экономическим правам, закон,  
политика и деньги ..... 165

**Звонко Фишер**

Важность конституционных жалоб в обеспечении справедливого  
судебного процесса по уголовным делам ..... 176

**Илма Чепане**

Право на справедливый суд как один из важнейших принципов  
в осуществлении конституционного контроля ..... 198

**Арманас Абрамовичюс**

Некоторые аспекты исполнения решений  
Конституционного Суда Литовской Республики ..... 204

**Владимир Оганесян**

Некоторые проблемы защиты прав человека в непризнанных  
государствах ..... 214

**Маргарита Златарева**

Юридические принципы и политические реалии  
в осуществлении конституционного контроля  
в Республике Болгария ..... 220

**Феликс Тохян**

Практика Конституционного Суда Республики Армения  
по рассмотрению конституционности избирательного  
законодательства ..... 225

# CONTENTS

## Opening speech at X Yerevan International Conference

<b>Gagik Harutyunyan</b> President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia .....	5
--	---

## Greetings at X Yerevan International Conference

<b>Robert Kocharyan</b> President of the Republic of Armenia .....	10
---	----

<b>Gianni Buquicchio</b> Secretary of the Venice Commission of the European Council .....	14
--	----

<b>Louis Wildhaber</b> President of the European Court of Human Rights .....	21
---	----

<b>Cheryl Saunders</b> President of the International Association of Constitutional Law .....	23
--	----

## Reports at X Yerevan International Conference

<b>Marek Safjan</b> Responsibility of the Public Power as a Standard of Rule of Law State .....	27
---	----

<b>Pierre Mazeaud</b> The Role of Non-Legal Arguments in the Constitutional Court Decisions .....	39
---	----

<b>Valery Zorkin</b> Protection of the Basics of the Constitutional System in the Constitutional Court of Russian Federation .....	55
--	----

<b>Jan Mazak</b>	
Reform Laws in the Exercise of the Constitutional Court of Slovakia .....	68
<b>John Khetsuriani</b>	
Importance of the European Court of Human Rights Precedent Law for the National Law .....	73
<b>Valentin Shchuklin</b>	
The Construction of the State of Law in the Republic of Belarus and the Role of the Constitutional Court in the Provision of the Rule of Law of the Constitution .....	79
<b>Guido Neppi Modona</b>	
The Legal Principles and Political Reality in the Exercise the Constitutional Control .....	88
<b>Claude Klein</b>	
The Supreme Court of Israel: the Paradigm for a Court in Maelstrom Politics .....	96
<b>Berit Aaviksoo</b>	
Political Decision - Making in the Practice of the Constitutional of the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court of Estonia .....	104
<b>Aivaris Endzins</b>	
The Principle of Legal Certainty within the Jurisdiction of the Republic of Latvia Constitutional Court .....	110
<b>Tigran Torossyan</b>	
Role of the Constitutional Processes in Post-Soviet Transformation .....	119
<b>Gagik Harutyunyan</b>	
Certain Legal-Political Deformations of the Constiutionalism in the Reforming Social Systems .....	137
<b>Doumitrou Pulbere</b>	
Official Interpretation of the Constitution by the Constitutional Court: Legal Necessity and Political Consequences .....	156
<b>Cheryl Saunders</b>	
Disputes over Social and Economic Rights: Law, Politics and Money	165

<b>Zvonko Fišer</b>	
The Importance of the Constitutional Complaint for a Fair Trial in Criminal Cases .....	176
<b>Ilma Cepane</b>	
The Right to a Fair Court as One of the Most Important Principles in Realization of the Constitutional Control .....	198
<b>Armanas Abramavichus</b>	
Some Aspects of Implementation of the Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania .....	204
<b>Vladimir Hovhanessyan</b>	
Some Problems of Protection of Human Rights in the Unrecognized States .....	214
<b>Margarita Zlatareva</b>	
Legal Principles and Political Reality in the Exercise of the Constitutional control of the Republic of Bulgaria .....	220
<b>Felix Tokhyan</b>	
Practice of the Constitutional Court of the Republic of Armenia in the Exercise of the Constitutional Electoral Legislation .....	225

ISSN 1829-0124

Алманас

Հայաստանի հանրապետության  
համալսարանական հրատարակչություն

Ալմанах  
Հայաստանի հանրապետության  
համալսարանական հրատարակչություն

Алманах  
Հայաստանի հանրապետության  
համալսարանական հրատարակչություն

Альманах

Հայաստանի հանրապետության համալսարանական հրատարակչություն

YEREVAN • ЕРЕВАН • EREVAN • EREWAN

2005



**ИЗДАЕТСЯ ПО РЕКОМЕНДАЦИИ КОНФЕРЕНЦИИ  
ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ СТРАН  
МОЛОДОЙ ДЕМОКРАТИИ ЦЕНТРОМ  
КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РА**

**РУКОВОДИТЕЛЬ ПРОЕКТА**

**Г.Г. АРУТЮНЯН**

**ПРЕДСЕДАТЕЛЬ  
КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА  
РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ,  
ДОКТОР ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК, ПРОФЕССОР**

**IS PUBLISHED ON RECOMMENDATION OF THE  
CONFERENCE OF CONSTITUTIONAL CONTROL BODIES  
OF THE STATES OF NEW DEMOCRACY, BY THE CENTRE  
OF THE CONSTITUTIONAL LAW OF RA**

**HEAD OF THE PROJECT**

**G.G. HARUTYUNYAN**

**PRESIDENT OF THE CONSTITUTIONAL  
COURT OF THE REPUBLIC OF ARMENIA,  
DOCTOR OF LAW, PROFESSOR**

**ISSN 1829-0124**

© «ՆԺԱՐ» - 2005  
© «НЖАР» - 2005  
© «NJHAR» - 2005



## **X Yerevan International Conference**

*"The legal principles and political reality in exercise  
of constitutional control"*

## **X conférence internationale d'Erévan**

*"Les principes du droit et les réalités politiques  
dans l'exercice du contrôle constitutionnel"*

## **X Ереванская международная конференция**

*"Правовые принципы и политические реалии  
в осуществлении конституционного контроля"*

YEREVAN EREVAN EPEBAH

5-7. X. 2005

# ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО OPENING SPEECH DISCOURS D'OUVERTURE

**ГАГИК АРУТЮНЯН**

*Председатель Конституционного Суда  
Республики Армения*

Уважаемый Президент Республики Армения!

Уважаемые гости!

Дамы и господа!

Конституционный Суд Республики Армения совместно с Венецианской комиссией Совета Европы уже в десятый раз организует международную конференцию, посвященную актуальным проблемам конституционного правосудия.

Эта Конференция имеет ряд существенных особенностей.

Она юбилейная не только по счету - десятая: настоящая Конференция посвящена десятилетиям принятия Конституции Республики Армения и формирования Конституционного Суда.

В организации данной Конференции принимала участие также такая авторитетная организация, получившая широкое международное признание, как Международная ассоциация конституционного права, за что выражаю глубокую признательность Председателю, профессору Сандерс, первому Вице-президенту господину Мосу и другим присутствующим.

Важность Конференции высоко оценена также Европейским судом по правам человека, и сегодня с нами также Председатель Европейского суда уважаемый господин Вальдхабер и двое членов Суда.

В Конференции участвуют представители 25 стран, в том числе Председатели Конституционных Судов Российской Федерации, Польши, Словакии, Грузии, Латвии, заместители Председателей Конституционных Судов Италии и Украины, известные судьи и эксперты из разных стран.

За огромное содействие в организации Конференции хочу выразить искреннюю благодарность Секретарю Венецианской комиссии, многоуважаемому господину Джианни Букикио, наше сотрудничество с которым выдержало серьезное испытание временем.

Я признателен всем, кто откликнулся на наше приглашение и принял

участие в этой юбилейной Конференции. Уверен, что уже имеющие глубокие корни обсуждения в соответствии с нашими традициями пройдут активно и на высоком профессиональном уровне, а наши гости покинут Армению с приятными и незабываемыми впечатлениями.

Я хочу выразить особую благодарность также глубокоуважаемому господину Президенту Республики Армения за личное участие в работе Конференции и за желание передать нам некоторые свои соображения.

Уважаемые коллеги!

В эти дни каждый из нас будет иметь возможность выразить свои суждения относительно обсуждаемой проблемы. Они в обобщенном виде до конца года будут опубликованы в издаваемом на четырех языках ежегоднике "Конституционное правосудие в новом тысячелетии" за 2005 год.

Как видно из программы, обсуждаемая тема будет представлена четырьмя подтемами. Помимо заранее заявленных основных докладов, будут также выступления и сообщения. Желающие, пожалуйста, заранее обратитесь к председательствующим заседаниями. Для докладов предусматривается до 15 минут, для выступлений и сообщений - до 5 минут.

Еще раз приветствую всех Вас и желаю плодотворной работы.

Позвольте предоставить слово для приветствия Президенту Республики Армения господину Роберту Кочаряну.

## **GAGIK HARUTYUNYAN**

*President of the Constitutional Court  
of the Republic of Armenia*

Mr. President of the Republic of Armenia,

Dear guests,

Ladies and gentlemen,

The Constitutional Court of the Republic of Armenia together with the Venice Commission of Council of Europe has organized the tenth international conference dedicated to the urgent problems of constitutional justice.

This conference applies with a set of essential specific features.

This conference is not only jubilee but is also dedicated to the adoption of the Constitution of the Republic of Armenia and formation of the Constitutional Court.

Such an authoritative organization as International Association of

Constitutional Law has taken part in the organization of this conference, and I would like to express my gratitude to Ms. Saunders - President of IACL, to Mr. Maus - Vice-President of IACL, and others.

The importance of the conference is highly appraised by European Court of Human Rights, and we are glad to greet President Mr. Wildhaber and two members of European Court of Human Rights.

Unprecedented number of delegates from twenty-five countries as President of the Constitutional Council of France, Presidents of the Constitutional Courts of Russian Federation, Poland, Slovenia, Georgia and Latvia, Vice-presidents of the Constitutional Courts of Italy and Ukraine, well-known judges and experts from different countries are participating at our conference. Welcome to Armenia.

I express my gratitude to Mr. Gianni Buquicchio - the honored secretary of Venice Commission with whom our cooperation has stood the test of time.

I am grateful to all of you for acceptance of our invitation and for your participation in this jubilee conference. I am sure that in accordance with our already deep-rooted traditions the discussions will be interesting and on high professional level, and our guests will leave Armenia, taking with them only pleasant memories.

I would like to express special gratitude to the President of the Republic of Armenia for the participation at the conference and for his willingness to pass some of his views to us.

Dear colleagues,

During these days each of us will have an opportunity to express his/her points of view over the discussed issues. After summarization, at the end of the year they will be published in four-language almanac "Constitutional Justice in the New Millennium" for 2005.

The discussed topic will be presented in four subdivisions. Besides the main reports, there will be speeches and announcements. The participants willing to take floor should address the chairs of the meeting. For reports 15 minutes are stipulated, for speeches and announcements - 5 minutes.

I would like to greet you again and wish you productive work.

Let me invite the RA President Robert Kocharyan to take the floor.

## **GAGUIK HAROUTUNIAN**

*Président de la Cour constitutionnelle d'Arménie*

Honorable Président de la République d'Arménie,

Chers hôtes,

Mesdames, messieurs,

C'est déjà pour la dixième fois, que la Cour constitutionnelle de la République d'Arménie conjointement avec la Commission de Venise, organisent la conférence internationale consacrée aux problèmes principaux d'actualité de la justice constitutionnelle.

Cette conférence a un nombre de particularités essentielles.

Elle est non seulement d'anniversaire étant la dixième, en même temps elle est consacrée aux dixièmes anniversaires de l'adoption de la Constitution de la République d'Arménie et de la formation de la Cour constitutionnelle d'Arménie.

A l'organisation de cette conférence a pris part l'Association internationale du droit constitutionnel ayant une grande renommée et j'exprime ma profonde gratitude au président professeur Saunders, au premier vice-président professeur Maus et aux autres membres ici présents.

L'organisation de la Conférence a été hautement appréciée aussi par la Cour Européenne des Droits de l'Homme et aujourd'hui est parmi nous le Président de cette Cour, respectable monsieur Wildhaber et deux membres de la Cour.

Aux travaux de cette conférence participent les délégations au nombre sans précédent, les représentants de 25 pays y compris les Présidents : du Conseil constitutionnel de France, des Cours constitutionnelles de la Fédération de Russie, de Pologne, de Slovaquie, de Géorgie, de Lettonie, les vice-Présidents des Cours constitutionnelles d'Italie et d'Ukraine, un nombre important des juges et des experts arrivés de différents pays dont je les salue tous et leurs souhaite le bienvenue.

Pour assistance substantielle dans l'organisation de conférence, j'exprime ma profonde reconnaissance aussi au Secrétaire chevronné de la Commission de Venise honorable Monsieur Bouquicchio avec lequel notre coopération a passé l'examen du temps.

Je suis reconnaissant à vous tous pour accepter notre invitation et participer aux travaux de notre conférence commémorative. Je suis convaincu que déjà, conformément à nos traditions ayant des racines profondes, les discussions seront actives et au niveau professionnel élevé et que nos hôtes quitteront l'Arménie avec des impressions agréables.

Je voudrais exprimer ma gratitude particulière à l'honorable Président de la République d'Arménie pour sa participation personnelle aux travaux de la Conférence et pour son souhait de nous transmettre ses certaines observations.

Chers collègues,

Pendant ces jours chacun de nous aura la possibilité d'exprimer ses pensées sur le sujet qui est l'objet d'examen. Après les avoir résumé elles seront publiées jusqu'à la fin d'année dans la parution de 2005 de l'almanach international «La justice constitutionnelle au nouveau millénaire».

Comme vous avez déjà aperçu le sujet examiné sera présenté au moyen de quatre sous-sujets. A part des rapporteurs principaux il y aura des interventions et des communiqués. Je prie ceux qui désirent de s'adresser aux présidents de sessions. Pour les rapports est prévu jusqu'aux 15 minutes, pour les interventions et communiqués jusqu'aux 5 minutes.

Encore une fois je salue vous tous et souhaite un travail efficace.

Permettez-moi de passer la parole pour l'allocution au Président de la RA Monsieur Robert Kotcharian.



## ПРИВЕТСТВИЯ GREETING SPEECHES ALLOCUTIONS DE BIENVENUE

### ***РОБЕРТ КОЧАРЯН***

*Президент Республики Армения*

Уважаемые участники Конференции!

Я рад тому, что сформировалась хорошая традиция, и за последние десять лет Ереван стал местом проведения международных конференций по проблемам конституционного правосудия. Настоящая Конференция - юбилейная. Своим составом и злободневностью обсуждаемых вопросов, я уверен, что она станет существенным вкладом не только в теоретическом плане, но и в плане решения практических вопросов.

Армения готовится к серьезным конституционным реформам. Опыт многочисленных стран свидетельствует, что конституционные стагнации опасны. Вам, специалистам, хорошо известно, что конституционные решения должны быть гармоничны общественным развитиям и стимулировать их.

Действующая Конституция сыграла существенную роль в вопросе развития демократии и ее неизбежности и позволила Армении стать членом Совета Европы. Однако практическое применение Конституции постепенно выявило ее серьезные концептуальные недостатки, которые препятствуют дальнейшему демократическому развитию страны. Сегодня необходимо создать конституционные гарантии для становления правового государства.

Плодотворная работа с европейскими структурами, в частности с Венецианской комиссией, обсуждения, длящиеся годы, подходят к концу. Очень скоро на суд нашего народа будет представлен новый проект, соответствующий современным развитиям. Он гарантирует значительный прогресс в обеспечении прав человека, в вопросе разделения и баланса ветвей власти. Существенно поднимается уровень независимости судебной власти и самостоятельность местных органов.

Наша цель - сделать Конституцию живой реальностью. Она должна стать более доступной для каждого гражданина страны. Право и закон должны стать стержнем общественной жизни, построенной на либеральных ценностях. Таково требование нашего времени.



Думаю, что обсуждения на Конференции коснутся также нашей действительности и помогут обществу более глубоко осознать большую важность конституционных развитий. Не сомневаюсь, что Конференция будет иметь также серьезное международное звучание.

Благодарю всех, что посетили Армению, приняли участие в этом юбилейном мероприятии. Желаю Конференции плодотворной работы, а нашим гостям - также приятных дней в Армении.

## **ROBERT KOCHARYAN**

*President of the Republic of Armenia*

Dear participants of the conference,

I am glad that a nice tradition has been formed, and during the last ten years Yerevan has become the place for international conferences on the constitutional justice. This conference is jubilee. I am sure that because of the urgency of discussed issues and its complement it will make an essential contribution in the solution of not only theoretical but also practical issues.

Armenia is getting ready for serious constitutional reforms. The experience of a vast number of countries witnesses that the constitutional stagnation is dangerous. As specialists you are quite acknowledged that the constitutional solutions must be harmonic to the public development and must stimulate them.

The current Constitution played an essential role in the question of development and irrevocability of democracy and allowed Armenia to become the member of the Council of Europe. But the practical application of the Constitution gradually has revealed the serious conceptual defects, which hinder the further democratic development of the state. Today constitutional guarantees must be made for the establishment of legal state.

The productive work of the European institutions, particularly with the Venice commission is coming to an end. Soon the draft, which meets the requirements of the contemporary level of development, will be presented to our nation. It guarantees prominent progress for the ensurance of human rights and check and balances of the branches of authorities be brought up to standarts. The level of independence of judicial and local bodies will essentially.

Our aim is to make the Constitution quivering with life reality. It must be intelligible for every citizen. Law and right must become the axis of the public life built on the liberal values. This is the main requirement of our time.

I think discussions at the conference must concern also our reality and will help the society to comprehend the vast importance of the constitutional

development. I don't doubt that the conference will have international resonance.

I would like to thank everybody for visiting Armenia and for your participation in the work of this jubilee event. I wish the conference productive work and our guests have a nice time in Armenia.

### **ROBERT KOTCHARIAN**

*Président de la République d'Arménie*

Chers participants de la conférence,

Je suis heureux qu'une tradition se soit formée et Erevan est devenu depuis ces dix dernières années un lieu des conférences internationales sur la justice constitutionnelle. Cette conférence est commémorative. J'en suis certain que la conférence par sa composition et par l'actualité des sujets débattus aura une contribution essentielle non seulement sous l'aspect théorique, mais aussi par la solution des questions pratiques.

L'Arménie se prépare aux modifications constitutionnelles sérieuses. L'expérience de plusieurs pays témoigne que les stagnations constitutionnelles sont dangereuses. Vous, les spécialistes vous le savez parfaitement que les solutions constitutionnelles doivent-être harmonieuses aux évolutions sociales et contribuer à celles-ci.

La Constitution en vigueur a joué un rôle important dans le développement de la démocratie, de son irréversibilité et a permis à l'Arménie de devenir le membre du Conseil de l'Europe. Cependant l'application de la Constitution a révélé graduellement de sérieuses lacunes conceptuelles qui entravent l'évolution démocratique postérieure. Aujourd'hui il est nécessaire de créer des garanties constitutionnelles pour l'avènement de l'Etat de droit.

Le travail efficace avec des structures européennes, notamment avec la Commission de Venise, les discussions qui ont duré plusieurs années touchent à sa fin. Bientôt un projet sera présenté au jugement de notre peuple qui est conforme aux évolutions modernes. Il garantit un progrès substantiel dans le domaine de la protection des droits de l'homme, de la séparation et de l'équilibre des branches du pouvoir. Le niveau de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de l'autonomie des collectivités territoriales se relève essentiellement.

Notre objectif est de transformer la Constitution dans la réalité vivante. Elle doit-être plus accessible à chaque citoyen d'Etat. Le droit et la loi doivent devenir l'axe de la vie sociale, construite sur les valeurs libérales. C'est l'exigence de notre temps actuel.

Je croie que les débats de la conférence concerneront aussi notre réalité et aideront à la communauté de concevoir profondément la grande importance des modifications constitutionnelles. Je suis persuadé que la Conférence aura un sérieux écho international.

J'exprime mes mots de gratitude pour votre visite d'Arménie et votre participation à cette conférence internationale. Je souhaite à la conférence un travail efficace et à nos hôtes des jours agréables en Arménie.



## **ДЖИАННИ БУКИКИО**

*Секретарь Венецианской комиссии Совета Европы*

Господин Президент!

Господин Председатель!

Уважаемые гости!

Дамы и господа!

Я рад снова находиться в Ереване и возможности приветствовать Вас от имени Венецианской комиссии в связи с юбилейной Конференцией, посвященной десятилетию Конституции и десятой годовщине Конституционного Суда Республики Армения. Принятие Конституции - решающий этап в истории каждой страны. Формирование Конституционного Суда Армении стало главным достижением в становлении демократии, защиты прав человека, верховенства права в Армении, которые являются также основными принципами Совета Европы. Настоящая Конференция является уже десятой по счету проводимой в Ереване Международной конференцией, посвященной проблемам конституционного правосудия, и начиная с 1999 года Венецианская комиссия рада возможности быть соорганизатором этих конференций.

Ереванские конференции также предоставляют членам Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии возможность встречаться и обсуждать актуальные проблемы. И этому сотрудничеству между Конференцией и Венецианской комиссией было положено начало заключением Венецианского договора в октябре 2003 года.

В этом году мы имеем возможность сотрудничать также с Международной ассоциацией конституционного права. И я рад приветствовать делегацию Ассоциации в лице Председателя профессора Шерил Сандерс. Это сотрудничество, несомненно, обогатит нашу Конференцию. Тема сегодняшнего заседания: "Правовые принципы и политические реалии в деятельности конституционного контроля". Конституционные суды и эквивалентные органы - правовые органы, которые толкуют Конституцию и законы. Между тем они вынуждены действовать в политической среде. Дела по аннулированию законов, принятых парламентом, отличаются от гражданских и уголовных дел. Политические интересы зависят от решения Конституционного Суда.

Соответственно, независимость Суда имеет ключевое значение. Несмотря на то, что конституционные судьи часто избираются Парламентом, они не представляют те политические силы, которые их выдвинули, а действуют на основе своих личных убеждений. Принцип коллегиальности помогает каждому судье: судьи работают вместе как

один единый орган, и они верны Конституции, а не партии или институтам. Фактически, судьи Конституционного Суда исполняют известный неблагодарный труд для тех, кто их выдвинул.

Несмотря на это, конституционные суды могут стать объектом давления со стороны других государственных институтов. Мы являемся свидетелями угроз урезания бюджета, когда суды принимали неустраивающие решения. Мы стали свидетелями попыток "истощения" судов путем неназначения новых судей после отправления судей на заслуженный отдых, чтобы сократить число судей менее необходимого для кворума. К сожалению, мы видели, как конституционные суды были распущены или получали угрозы роспуска. Пожалуйста, помните, что Венецианская комиссия всегда готова прийти вам на помощь, если такое произойдет с вами. Одна из обсуждаемых проблем - это неисполнение решений конституционных судов. Иногда даже в странах старой демократии мы становимся свидетелями проблем неисполнения окончательных и обязательных решений конституционных судов. Опять Венецианская комиссия готова помочь вам уговорить государственных мужей, что в демократическом государстве, где правит закон, решения конституционных судов могут не нравиться другим государственным органам, однако они не подлежат обсуждению и должны применяться после принятия. С другой стороны, иногда суды учитывают возможные последствия принятых ими решений, последствия решений по делам, кажущимся простыми, могут иметь тяжелые последствия для государственного бюджета, например, дело относительно неправильного подсчета пенсии, поскольку решение по этому делу может по аналогии быть применено и относительно других лиц. Таким образом, конституционные суды иногда стараются смягчить эти последствия, отложив придание правовой силы своим суждениям или ограничивая их действие только в отношении истца.

Я уверен, что на нашей Конференции будут очень интересные обсуждения. Сегодняшняя тема обсуждения - "Влияние политики", так что обмен опытом, который обычно проходит в атмосфере откровенности и доброжелательности, как это обычно бывает у знающих людей, может быть полезен для судов-участников. Я желаю, чтобы вы всегда помнили, что Венецианская комиссия поможет вам, если вы будете испытывать нежелательное воздействие со стороны других государственных сил.

Господин Президент!

Господин Председатель!

Уважаемые судьи и участники из Армении!

Конституции - основные документы для стабилизации каждой страны, но конституции также должны приспосабливаться, особенно в процес-

се демократизации. Нам известно, что в вашей стране обсуждается важный проект конституционных изменений, что создает более широкую возможность сдержек и противовесов между ветвями власти. Начиная с 2000 года, Венецианская комиссия сотрудничает с вашей страной, чтобы подготовить соответствующую европейским стандартам конституцию. Мы действительно надеемся, что ваша страна примет такую Конституцию, которая создаст возможность для дальнейшей интеграции в европейские структуры.

Благодарю Вас, господин Председатель.

### **GIANNI BUQUICCHIO**

*Secretary of the Venice Commission of the Council of Europe*

Mr. President,

Mr. Chairmen,

Honourable Judges,

Ladies and Gentlemen,

I am glad to be here in Yerevan again and to be able to welcome you on behalf of the Venice Commission to the Jubilee Conference at the occasion of the 10th anniversary of the Constitution of Armenia and its Constitutional Court. The adoption of a constitution is a decisive point in a history of each country. The establishment of the Constitutional Court of Armenia was certainly a major achievement in the pursuit of democracy, the protection of human rights and the rule of law in Armenia, which are also the founding principles of the Council of Europe.

Our today's conference is already the 10th International Yerevan Conference on Constitutional Justice and since 1997 the Venice Commission is glad to act as a co-organiser of these conferences

The Yerevan conferences also provided an occasion for the courts member of the Conference of Constitutional Control Organs of Countries of Young Democracy to meet and to hold their assemblies and this co-operation between the Conference and the Venice Commission was institutionalised through the signature of the Venice agreement signed in October 2003.

This year, we were also able to enlarge this co-operation to include the International Association of Constitutional Lawyers and I am glad to welcome the very high level delegation from the Association under the leadership of its President, Prof. Saunders. Their contribution will certainly enrich our Conference.

Our topic today is legal principles and political reality in the exercise of constitutional control. Constitutional courts and equivalent bodies are clearly bodies of a judicial nature, interpreting the constitution and laws like a court. Nevertheless they have to act in a political environment. The annulment of a law adopted by Parliament, which represents the sovereign people, is obviously a very different matter from a civil or penal case, however important the latter may be. Political interests hinge upon decisions of the constitutional court.

Consequently, the independence of the court is of key importance. Even though constitutional judges are often elected by Parliament, they do not represent the political force which may have nominated them but act on the basis of their own personal judgement. The principle of collegiality helps the individual judge - the judges work together as a single body and their allegiance is to the Constitution not to any party or institution. In fact, the constitutional court judges have the famous duty of ingratitude towards the entity which nominated them.

Nevertheless, the constitutional courts may be subject to pressure from other state powers. We have seen threats of budget cuts against courts following displeasing judgements. We have seen attempts to 'starve out' courts by not nominating new judges following retirement in order to bring the number of judges below the required quorum and, unfortunately, we have seen constitutional courts disbanded or threatened to be dissolved. Please remember that the Venice Commission is ready to stand up for your Court if ever this should happen to you.

A recurrent problem is also the non-execution of decisions of constitutional courts. Sometimes, even in older democracies, we witness problems in the execution of final and binding constitutional court judgements. Again, the Venice Commission is prepared to assist you in convincing state authorities that, in a democratic state ruled by law, constitutional court decisions might be regretted by other state powers but they are not negotiable and must be implemented as handed down by the Court.

On the other hand, sometimes the courts themselves take into account the possible consequences of the implementation of their decisions. Judgements on seemingly simple cases like the incorrect calculation of the pension of a complainant can have devastating effects on the state budget if the decision has to be applied to all persons in a similar situation. Therefore, constitutional courts sometimes mitigate these effects by delaying the entry into force of their judgement or by limiting the effects only to the complainants.

I expect most interesting discussions at our conference. The influence of politics is a topic in which the exchange of experience - open and frank as it usually is between peers — will be most useful for the participating

courts. I would also like you to remember that the Venice Commission will be there to support you if ever you should have trouble with undue influence from other state powers.

Mr. President,

Mr. Chairman,

Honourable judges and participants from Armenia,

Constitutions are fundamental documents for the stability of each country but constitutions also have to adapt, especially during an on-going process of democratisation. We are all aware that important draft constitutional changes are currently being discussed in your country, which are, inter alia, to provide better checks and balances between the branches of power. Since 2000, the Venice Commission has been co-operating with your country in order to prepare a draft constitution in conformity with European standards. We do hope that your country will adopt a Constitution which will allow further integration into European structures and which will fulfil the pledges for democratic transition entered upon the accession of Armenia to the Council of Europe.

Thank you Mr. Chairman

### **GIANNI BUQUICCHIO**

*Secrétaire de la Commission de Venise du Conseil de l'Europe*

Monsieur le Président,

Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle,

Chers hôtes,

Mesdames et Messieurs,

Je suis heureux de me retrouver de nouveau à Erevan et d'avoir la possibilité de vous saluer au nom de la Commission de Venise à l'occasion de la Conférence commémorative consacrée à la dixième anniversaire de la Cour constitutionnelle de la République d'Arménie. L'adoption de la Constitution est une étape décisive dans l'histoire du pays. L'instauration de la Cour constitutionnelle est devenue l'acquis principal de l'avènement en Arménie de la démocratie, de la protection des droits de l'homme et de la primauté du droit qui sont aussi les principes fondamentaux du Conseil de l'Europe. La conférence actuelle est la dixième conférence internationale tenue à Erevan sur les questions de la justice constitutionnelle et dès l'année 1999 la Commission de Venise est la coorganisatrice de ces conférences.



Les conférences d'Erevan donnent aussi la possibilité aux membres de la Conférence des organes du contrôle constitutionnel des pays de la jeune démocratie de se rencontrer et de siéger ensemble. Cette coopération entre la conférence et la Commission de Venise est établie par la signature de la Convention de Venise en octobre 2003.

Cette année nous avons la possibilité d'inclure dans cette coopération aussi l'Association internationale du droit constitutionnel. Je suis heureux de saluer la délégation de l'Association présidée par la présidente Sheryl Saunders. Sans aucun doute cette coopération va enrichir notre conférence. Le sujet de la session d'aujourd'hui est «Les principes du droit et les réalités politiques dans l'exercice du contrôle constitutionnel». Les Cours constitutionnelles et autres organes judiciaires qui commentent la Constitution en tant que tribunal fonctionnent dans l'environnement politique. L'abrogation des lois adoptées par le parlement se distingue évidemment des affaires civiles et pénales indépendamment du niveau de leur importance. Les intérêts politiques dépendent de la décision de la Cour constitutionnelle.

Respectivement, l'indépendance de la Cour a une importance décisive, malgré le fait que les juges constitutionnels souvent sont désignés par les parlements, ils ne représentent pas les forces qui les ont nommées, mais agissent sur la base de ses convictions personnelles. Principe de collégialité aide à chaque juge: les juges travaillent ensemble comme un seul organe, ils sont fidèles à la Constitution et non aux parties et aux institutions. Du fait les juges de la Cour constitutionnelle font un travail ingrat pour ceux qui les ont nommés.

Malgré cela les Cours constitutionnelles peuvent devenir l'objet de pression de la part d'autres institutions publiques. Nous sommes témoins des menaces de réduire le budget quand les Cours adoptaient les décisions qui dérangeaient. Nous sommes témoins des tentatives «d'épuisement» des Cours par la voie de non-désignation de nouveaux juges à la place des juges partis à la retraite, pour réduire le nombre de juges requis pour le quorum. Malheureusement nous avons vu comment les Cours constitutionnelles ont été dissoutes ou étaient menacées de dissolution. Je vous demande de rappeler que la Commission de Venise est toujours prête de venir à votre aide si cela se produit avec vous.

L'un des problèmes à débattre c'est la non exécution des décisions des Cours constitutionnelles. Parfois même dans les pays de vieilles démocratie nous rencontrons les problèmes de la non exécution des décisions définitives et obligatoires des cours constitutionnelles. Ici aussi la Commission de Venise est prête à vous aider de convaincre des personnalités politiques que dans un Etat démocratique régit par loi les décisions des cours constitutionnelles peuvent ne pas plaire aux autres organes publics, cependant ils ne doivent être débattues et doivent être exécutées après leurs adoption. D'autre part parfois les cours prennent en considération les conséquences éventuelles des décisions prises, les conséquences des décisions pareissant simples peuvent avoir de lourdes con-

séquences pour le budget public, par exemple sur l'affaire de calcul incorrecte des pensions de retraite, car cette décision par analogie peut être appliquée et aux autres personnes. Ainsi les cours constitutionnelles essaient d'assouplir ces conséquences en reportant l'attribution de la force juridique à leurs décisions ou limitant leur action seule par rapport au demandeur.

Je suis persuadé que les débats de notre conférence seront très intéressants. Le sujet de notre discussion d'aujourd'hui est «l'influence de la politique» car l'échange d'expérience qui se passe en général dans une atmosphère de sincérité et de bienveillance chez les hommes savants peut être très utile pour les cours participantes. Je souhaite que vous rappeliez toujours que la Commission de Venise vous aidera dans le cas où vous allez subir une influence non souhaitable de la part d'autres forces publiques.

Monsieur le Président,

Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle,

Chers juges et les participants d'Arménie,

Les Constitutions sont les documents principaux pour la stabilisation de tout pays, cependant les Constitutions aussi doivent s'adapter notamment dans le processus de démocratisation. Nous savons que dans votre pays le projet important des modifications constitutionnelles est débattu qui crée une possibilité plus large des retenues et des contrepoids entre les branches du pouvoir. Depuis l'an 2000 la Commission de Venise coopère avec votre pays pour élaborer une Constitution conforme aux standards européens. Nous espérons vraiment que votre pays va adopter une telle Constitution qui créera la possibilité pour l'intégration ultérieure dans les structures européennes.

Je vous remercie monsieur le Président.



**ЛЮЦИУС ВАЛЬДХАБЕР**

*Председатель Европейского суда по правам человека*

Уважаемый господин Президент!

Уважаемые гости!

Хочу поздравить в связи с Конференцией, посвященной десятилетию Конституции РА и десятой годовщине Конституционного Суда РА.

Я с удовольствием приезжаю в Армению, участвую в конференциях, организованных Конституционным Судом, которые представляют большой интерес. Для обсуждений выбрана очень актуальная тема. Участие делегаций из многочисленных стран является гарантией того, что развернется интересное обсуждение.

Я и мои коллеги представим также подходы Европейского суда по правам человека к данным вопросам.

Благодарю за приглашение и желаю удачи работе Конференции.

**LUZIUS WILDHABER**

*President of the European Court of Human Rights*

Dear Mr. President,

Dear guests,

I wish to congratulate you on the anniversary of the Armenian Constitutional Court and the Armenian Constitution and the today's conference.

I visit Armenia with great pleasure, participate in the conferences organized by the Constitutional Court of the Republic of Armenia, which are very interesting. Very urgent topic is chosen for the discussions. The participants of the delegations of numerous countries are guarantees for the interesting discussion.

I and my colleagues will present also the approaches of the European Court of Human Rights on the said issues.

I would like to express my gratitude for your invitation and wish success for the work of the conference.

**LUZIUS WILDHABER**

*Prèsident de la Cour européenne des Droits de l'Homme.*

Monsieur le Président,

Chers hôtes,

Je voudrais féliciter à l'occasion du dixième anniversaire de la Cour constitutionnelle de la RA et de la conférence commémorative.

Je visite l'Arménie toujours avec plaisir et participe aux conférences organisées par la Cour constitutionnelle qui suscitent un grand intérêt. Le sujet choisi des discussions est très d'actualité. La participation de délégations de plusieurs pays est le gage que la discussion sera intéressante.

Moi et mes collègues nous représenterons les approches de la Cour européenne des Droits de l'Homme à ce problème.

Je vous exprime ma gratitude pour l'invitation et souhaite du succès aux travaux de la conférence.



**ШЕРИЛ САНДЕРС**

*Председатель Международной ассоциации конституционного права*

Уважаемый господин Президент!

Уважаемый господин Председатель Конституционного Суда!

Уважаемые гости!

Имею честь выступить на такой важной Конференции. Международная ассоциация конституционного права имеет непосредственное отношение к этому мероприятию. И я рада, что мне предоставлена возможность работать с Конституционным Судом РА, который является достойным членом нашего содружества, а также с Венецианской комиссией. С последней мы развернули взаимовыгодное сотрудничество. Эта Конференция посвящена годовщинам, важным для Конституционного Суда и для Армении вообще. Мне известно о тех быстрых успехах, об изменениях в Республике Армения, о конституционных реформах. Международная ассоциация конституционного права с большим интересом будет следить за результатами этого сотрудничества. Если можно так выразиться, тема Конференции выбрана правильно.

Мы придаем большое значение обсуждению этого вопроса, имеющего международное звучание.

Учитывая, что я буду выступать с докладом, на этом закончу и от имени Международной ассоциации конституционного права приветствую всех участников Конференции и желаю плодотворной работы.

**CHERYL SAUNDERS**

*President of the International Association of Constitutional Law*

Mr. President of the Republic,

Mr. President of the Constitutional Court of Armenia,

Distinguished guests,

It is honor to be able to speak at this important conference. International Association of the Constitutional Law is closely associated with this meeting. And I am particularly pleased to have this opportunity to work with the Constitutional Court of the Republic of Armenia, which is a valued member of our association, and the Venice Commission, with which we enjoy the collaboration at the range of mutual interest. This conference is an important anniversary of the Constitutional Court of Armenia and for Armenia generally. I am aware about the speedy success that Armenia has made the amend-

ments considering the range of significant constitutional changes and the International association of Constitutional Law for observing the outcome of these collaborations with great interest. If I may say so, I think the topic chosen for this conference is particularly appropriate one.

We attach a great importance to the discussion of the given issue, which has international sonority.

Taking into consideration that I am going to present a report, it will be enough and on behalf of International Association of Constitutional Law I would like to welcome all the participants of the conference and wish fruitful work.

### **CHERYL SAUNDERS**

*Présidente de l'Association Internationale du Droit Constitutionnel*

Monsieur le Président de la République,

Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle de la RA,

Chers hôtes,

J'ai l'honneur d'intervenir à cette conférence très importante. L'Association internationale du droit constitutionnel a un lien très proche avec cet événement.

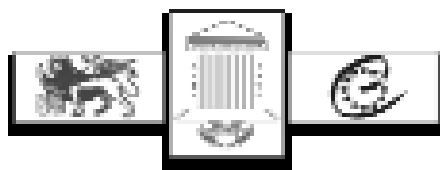
Je suis très heureuse pour cette possibilité de travailler avec la Cour constitutionnelle de la RA, qui est le membre mérité de notre association ainsi que de la Commission de Venise. Avec la dernière on a déployé une coopération réciproquement avantageuse. Cette conférence est une date très importante pour la Cour constitutionnelle de la RA et pour l'Arménie en général. Je suis bien au courant du succès des changements audacieux procédés par l'Arménie, compte tenu des modifications constitutionnelles importantes. L'association internationale du droit constitutionnel va suivre avec un grand intérêt les résultats de cette coopération. Si puis-je ainsi dire le sujet de la conférence est bien choisi.

Nous attachons une grande importance à l'examen de cette question qui a une résonance internationale.

Compte tenu que je vais intervenir avec un rapport je serai courte et au nom de l'association internationale du droit constitutionnel je voudrais saluer tous les participants de la conférence et souhaiter un travail fructueux.



**ДОКЛАДЫ<sup>1</sup>**  
**REPORTS<sup>1</sup>**  
**RAPPORTS<sup>1</sup>**



---

<sup>1</sup> Доклады публикуются в порядке их представления на Конференции.  
The reports are published in the order of presentation at the Conference.  
Les rapports sont publiés à l'ordre de la présentation à la conférence.





# RESPONSABILITÉ DES ORGANES DE PUISSANCE PUBLIQUE COMME STANDARD D'UN ÉTAT DÉMOCRATIQUE DE DROIT (DILEMMES DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DU DROIT)

**MAREK SAFJAN**

*Président du Tribunal constitutionnel de Pologne*

## 1. Remarques générales.

La question de la responsabilité des organes de puissance publique attire de plus en plus fortement l'attention des représentants du milieu juridique non seulement en Pologne. On peut en effet considérer, sans grand risque d'exagérer, que cette question renvoie, comme dans un prisme, à des problèmes de principe relevant tant du domaine constitutionnel, qu'axiologique ou philosophique. Enfin, cela est également une question passionnante appartenant au domaine classique de la responsabilité civile. En analysant le sort de cette responsabilité dans des systèmes juridiques particuliers ainsi qu'au niveau international, son évolution dynamique<sup>1</sup>, surtout ces dernières années, on peut prétendre qu'elle reflète la nature des relations entre l'état et l'individu, qu'elle permet d'identifier des changements en cours dans la façon de penser juridique et dans le fonctionnement des mécanismes démocratiques.

Dans la pensée juridique traditionnelle, pourtant pas si lointaine, l'essence de la souveraineté et de l'autonomie de l'état dans les relations intérieures a été associée au pouvoir de définir des règles de conduite de façon autoritaire, donc au droit adressé à tous les individus sujets à la puissance de cet état. En effet, le souverain, dont les actes de puissance constituent la source et le fondement de la légalité du comportement des autres, ne peut lui-même faire l'objet d'une appréciation ou bien, d'autant moins, être tenu responsable pour ses actes de puissance. Ce concept s'alignait parfaitement, surtout avec des approches positivistes, qui, *ex definitione*, excluaient l'idée d'apprécier les actes du souverain, surtout ceux liés à l'élaboration du droit selon des critères extérieurs quels qu'ils soient. Le porteur de la puissance souveraine ne peut en effet être tenu responsable pour les faits liés à l'exécution de cette puissance. Le Créateur des règles de conduite ne peut pas être tenu responsable de les avoir transgressés. Ce concept, renforcé par la doctrine positiviste du 19<sup>ème</sup> siècle, a longtemps pesé

<sup>1</sup> Voir travaux: S. J. Langrod, *Légitimité et la question de réparation (La responsabilité de l'état pour la violation du droit par ses organes)*, Warszawa 1926; J. Kosik, *Principes de la responsabilité de l'état pour les dommages causés par ses fonctionnaires*, Wroc<sup>3</sup>aw 1961; A. Szpunar, *Responsabilité du Trésor d'Etat pour ses fonctionnaires*, Warszawa 1985.

sur les voies du développement de la responsabilité de réparation. La formule anglaise: *The King can't do wrong* exprimait bien cette pensée.

Cependant, déjà pendant la domination de la pensée positiviste au sujet du droit, ont germé des graines d'une approche différente. La jurisprudence française du Conseil d'Etat, c'est à dire de la première justice administrative véritable en Europe, en contrôlant la légitimité de l'application des lois par les organes de puissance publique, a ouvert une sérieuse brèche dans la doctrine fondée sur l'irresponsabilité de l'état. L'idée de *la faute de service*, constamment avancée dans cette jurisprudence, a exercé une influence considérable sur l'élaboration, dans les systèmes de nombreux autres états européens, des principes de la responsabilité des organes de puissance publique<sup>2</sup>.

Les législations modernes délaissent pas à pas, au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, le dogme de l'irresponsabilité des organes de puissance publique. La juridiction administrative s'est développée dans de nombreux pays et la responsabilité pour des actions illicites des organes du pouvoir est devenue une conséquence naturelle de la création des instances de contrôle des actes des organes de puissance publique.

Il est pourtant évident qu'un vrai tournant dans ce domaine est engagé seulement après la IIe guerre mondiale. Cela s'explique par plusieurs faits. Après les expériences dramatiques des systèmes totalitaires, l'autoconscience des systèmes démocratiques augmente. Il devient évident que «*le Roi*» peut non seulement faire le mal, mais même être un criminel. Des concepts juridico-naturels qui remettent en question le manque du contrôle du pouvoir législatif réapparaissent. Le fameux article de Gustaw Radbruch<sup>3</sup> a fortement appuyé l'idée selon laquelle les droits de l'homme et les valeurs universels et incontestables, dont la violation et le non respect privaient les organes de puissance publique de toute légitimité (même les organes élus de façon démocratique), étaient supérieurs au législateur et au droit positif. L'organe de puissance pouvait donc agir de façon illicite et introduire un droit illégal. L'individu obtient une position autonome face à l'état et ses organes, ses droits et libertés fondamentaux ne pouvant jamais être violés par aucun organe de puissance publique. C'est également, en simplifiant, la genèse de l'explosion des tribunaux constitutionnels créés après la 2<sup>ème</sup> guerre mondiale, d'abord en Allemagne en 1950, et ensuite dans d'autres pays européens. Un système international de contrôle du respect des droits de l'homme voit le jour et devient le plus efficace des tous les systèmes mis en place jusqu'alors. L'explosion de la juridiction constitutionnelle (dont le plus grand épanouissement suit la chute

<sup>2</sup> Voir p. ex. pour le système français M. Rougevin-Baville, *La responsabilité administrative*, Hachette, Paris 1992; M. Paillet, *La responsabilité administrative*, Dalloz, Paris 1996; *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris 2003.

<sup>3</sup> Voir. G. Radbruch, *Gesetz und Recht*, [dans:] *Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III*, sous la rédaction de W. Hassemer, Heidelberg 1990, p. 96-100.

du communisme) conduit à une définition précise des limites dans lesquelles les organes de puissance publique peuvent exercer leurs compétences, légiférer y compris. A mon avis, l'introduction du système de contrôle de la constitutionnalité du droit a été un tournant décisif dans la façon de penser sur l'état et le droit et, avant tout, sur les relations entre l'état et l'individu. Le pas suivant a été de créer, dans le système d'une Europe unie, un espace pour régler les conflits entre l'individu et l'état et, par conséquent, de considérer les fondements de la responsabilité de réparation de l'état comme violation du droit communautaire<sup>4</sup>.

Si nous analysons la question de la responsabilité de l'état (ou, plus largement, celle de les organes de puissance publique), nous ne pourrions pas omettre ce contexte législatif, constitutionnel et international plus large dans lequel la situation des jeunes démocraties a évolué.

Les tendances actuelles dans le droit européen indiquent clairement qu'un concept de plus en plus large de cette responsabilité est en train de se forger.

L'idée que le citoyen ne peut pas subir les conséquences des actes des organes de puissance publique qui violent les règles de conduite en vigueur devient de plus en plus répandue.

Depuis quelques décennies, nous observons une extension continue de la responsabilité des organes de puissance publique, cette extrapolation de la responsabilité se faisant, pour ainsi dire, à deux niveaux: celui des prémisses (en partant de la faute, par une plus grande objectivation, jusqu'au principe du risque) et celui du domaine, du champ de la responsabilité (non seulement les actions des organes du pouvoir exécutif, mais également le fonctionnement des organes de la justice et les activités du pouvoir législatif).

Au niveau européen, on souligne la nécessité de rapprocher les principes de la responsabilité des organes de puissance publique. Cette tendance s'est vue exprimer à travers les recommandations du Conseil de l'Europe de 1984 sur la responsabilité des organes de puissance publique qui insistent sur l'objectivation de cette responsabilité<sup>5</sup>. L'idée de cette responsabilité devient pas à pas un des éléments caractéristiques des systèmes démocratiques de l'Europe contemporaine<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Voir p. ex. les décisions dans deux affaires liées C-6/90 et C-9/90: Andrea Francovich, Danila Bonifaci et autres v. la République d'Italie, 1991, p. 1-5357.

<sup>5</sup> Voir M. Safjan, Recommandations N° R (84) 15 dans la question de la responsabilité de l'autorité de puissance publique et l'état du droit en vigueur en Pologne, [dans:] Standards juridiques du Conseil de l'Europe Textes et Commentaires, v. 2: Droit civil, sous la rédaction de M. Safjan, Warszawa 1995.

<sup>6</sup> Voir le projet du Traité sur la Constitution de l'Europe où l'on prévoit que chacun a droit à une récompense pour les pertes causées par la faute de l'institution ou le fonctionnaire d'état exerçant sa mission. Voir également P. Senkovic, L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire, Bruxelles 2000.

## 2. Expériences polonaises

### 2.1 *La constitution.*

L'exemple polonais est un modèle qui se prête parfaitement à l'analyse car le système juridique polonais a traversé tous les stades du développement de la responsabilité des organes de puissance publique.

La République de Pologne a été sans doute le premier pays en Europe où le droit du citoyen à réparation en cas d'un dommage causé par l'action d'un organe de puissance publique a été constitutionnalisé. Une disposition en question a été inscrite dans la première Constitution de la République de Pologne, adoptée en mars 1921, au moment où le pays a recouvré l'indépendance après 123 ans et, dans son art. 121, elle stipulait: «tout citoyen a le droit à réparation pour le dommage causé par les organes de l'autorité de puissance d'état, civile ou militaire, en relation à une action contraire à la loi ou au devoir de service. L'état et les organes sont tenus responsables pour le dommage, l'introduction de la plainte contre l'Etat et ses fonctionnaires n'étant pas soumise à une autorisation de l'autorité de puissance publique. I en est de même pour les communes, les collectivités territoriales et leurs organes. L'application de ce principe est définie par la loi».

La disposition de l'art. 77 alinéa 1 de la Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997 qui stipule: «Chacun a droit à réparation du dommage qu'il a subi à la suite de l'action illégale de l'autorité de puissance publique» a une importance décisive pour définir le champ de la responsabilité civile de l'autorité de puissance publique dans l'ordre juridique actuel.

Presque immédiatement après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, un débat s'est ouvert en Pologne sur la caractère juridique de la disposition constitutionnelle citée. Deux points de vue ont été présentés<sup>7</sup>. Le premier, selon lequel la disposition en question n'est qu'une simple déclaration de principe de la responsabilité des organes de puissance publique, démunie de tout contenu normatif. Et le deuxième, considérant l'art. 77 alinéa 1 comme un droit à la réparation subjectif et concret de l'individu, déterminant la forme et le champ de la responsabilité.

### 2.2 *La position de la jurisprudence constitutionnelle*

Dans sa décision du 4 décembre 2001 (SK 18/00)<sup>8</sup>, le Tribunal Constitutionnel s'est prononcé sans équivoque en faveur de la position conformément à laquelle l'art. 77 alinéa 1 de la Constitution contenait un droit subjectif de l'individu

<sup>7</sup> Voir E. Łętowska, Sur les modifications des dispositions du code civil liées à la responsabilité pour les dommages causés par l'action de l'autorité de puissance publique, «Etat et Droit», 1999, cahier 7, p. 75 et suivantes; M. Safjan, Responsabilité de l'état sur la base de l'art. 77 de la Constitution de la République de Pologne, «Etat et Droit» 1999, cahier 4, p. 3 et suivantes; A. Szpunar, Sur la responsabilité d'indemnisation de l'état, «Etat et Droit» 1999, cahier 6, p. 86 et suivantes.; le même auteur.

<sup>8</sup> OTK ZU 2001, n° 8, position 256.

à réparation en cas d'une action illégale de l'organe de puissance publique, *ergo* définissait toutes les prémisses nécessaires pour accepter la responsabilité. La disposition de l'art. 77 alinéa 1 n'était donc pas, selon l'avis du TC, une répétition des principes formés dans le cadre du droit universel, mais elle «introduisait un contenu nouveau, autonome, qui devait être pris en compte au niveau des lois, surtout par le code civil».

Il est intéressant de remarquer que l'art. 77 alinéa 1 (ce qui a été très pertinemment confirmé par la jurisprudence ultérieure du Tribunal Constitutionnel, surtout dans la décision du TC du 20 janvier 2004, SK 26/033), devrait être analysé non seulement comme une garantie constitutionnelle au droit subjectif à réparation suite à une action illégale des organes de puissance publique, mais également comme un important instrument visant le respect du principe de la légitimité dans toutes les actions des organes de puissance publique. On trouve l'axiologie de cette approche dans la position selon laquelle le devoir de respect du droit dans toutes les actions des organes de puissance publique, explicitement formulé à l'art. 7 de la Constitution (les organes de puissance publique déploient leurs activités en vertu et dans les limites du droit) **signifiait que le risque lié à la violation ou au non respect du droit dans les actions des organes publics ne pouvait pas être subi par les victimes d'une telle action.** Le mécanisme de réparation adopté en vertu de l'art. 77 alinéa 1 de la Constitution devrait donc être perçu comme un moyen spécial obligeant les organes publics à agir de façon licite. Cette conclusion peut avoir une importance pour l'interprétation et l'appréciation des normes de la législation ordinaire rentrant en jeu<sup>9</sup>.

Le principe constitutionnel de l'art.77 alinéa 1, réduit uniquement au rôle de déclaration de l'idée de la responsabilité de réparation de l'état, serait démuné de tout rôle de garantie, puisque la responsabilité de l'état était, dans l'ordre juridique polonais, reconnue depuis longtemps. La nouvelle valeur de la disposition constitutionnelle devait donc être recherchée non tant dans la reconnaissance de la responsabilité de l'état, mais dans la définition, par la Constitution même, des limites dans lesquelles cette responsabilité pouvait être appliquée.

En analysant les différentes prémisses de la responsabilité des organes de puissance publique, déterminées par la Constitution, le Tribunal Constitutionnel a défini entre autres l'importance, à la lumière de l'art. 77 alinéa 1, de la notion d'organe de puissance publique et d'action illégale.

La notion d'organe de puissance publique embrasse, en vertu de l'art.77 alinéa 1 de la Constitution, toutes les autorités au sens constitutionnel: législative, exécutive et judiciaire. L'activité des organes de puissance publique englobe de différentes formes d'action de l'état, des collectivités et d'autres institutions

<sup>9</sup> 4 Ce point de vue justement a été adopté dans la décision citée du TC du 20 janvier 2004 pour apprécier les prémisses de la responsabilité du huissier de justice (l'art. 769 code de la procédure civile), voir également les remarques au chapitre VII.

publiques qui, en principe, est liée à la possibilité de décider, de façon autoritaire, de la situation de l'individu. Cela concerne le domaine où on peut avoir affaire à la violation des droits et libertés individuels de la part l'organe de puissance publique. La notion d' <action> des organes de puissance publique contient tant les actions actives que les omissions. Les actions illégales des organes de puissance publique peuvent donc se manifester par l'adoption d'un droit non constitutionnel ou par l'omission de l'adoption d'une disposition nécessaire.

«**L'action illégale**» est une notion centrale utilisée par la norme de l'art. 77 alinéa 1 de la Constitution. Dans le contexte de la disposition constitutionnelle, il convient de l'entendre comme une action contraire à la conduite qui respecte les injonctions et les interdictions résultant de la norme de droit. L'illégalité, conformément à l'art. 77 alinéa 1 de la Constitution, doit être entendue avec précision, conformément à la perception constitutionnelle des sources du droit (les art. 87-94 de la Constitution), elle ne comprend donc pas alternativement, à l'égard de la violation du droit, la violation des principes de bonnes mœurs. Elle a un caractère purement objectif, détaché donc de la faute d'un fonctionnaire public, considérée jusqu'alors comme une condition nécessaire de la responsabilité.

### 2.3 *Approche du code civil*

La nouvelle formulation au code civil de la responsabilité de réparation de l'état a pour objectif la mise en œuvre de l'approche adoptée à l'art. 77 alinéa 1 de la Constitution de la République de Pologne et fait clairement appel aux prémisses définies dans la norme constitutionnelle.

L'amendement a traité, avec une disposition spécifique (l'art. 417/1/ code civil), les cas du dommage lié à l'action des organes de puissance publique dans le domaine législatif et dans celui de l'adoption des sentences judiciaires et des décisions. Généralement, ces spécificités visent à définir clairement en quoi consiste l'illégalité des ces manifestations des organes de puissance publique ainsi que comment on doit juger qu'une norme juridique, sentence ou décision sont illicites, dont l'omission de l'introduction des actions nécessaires par les organes de puissance publique.

«L'art. 417<sup>1</sup> § 1. Si le dommage a été causé par **l'adoption de la norme juridique**, sa réparation peut être demandée après avoir obtenu, selon une procédure appropriée, la décision reconnaissant sa non conformité à la Constitution, à une convention internationale ratifiée ou à une loi.

[...]

§ 4. Si le dommage a été causé par l'absence de l'adoption d'une norme juridique dont la promulgation est obligatoire en vertu d'une disposition de loi, l'illégalité de l'absence de l'adoption de cette norme est reconnue par le tribu-

nal chargé du traitement de l'affaire concernant la cause du dommage».

Le contenu de cette disposition fait clairement appel au contrôle dit hiérarchique des normes juridiques effectué par le Tribunal Constitutionnel dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité du droit (l'art.188 de la Constitution). La procédure devant la Cour Suprême Administrative jugeant contraires à la loi les normes dites du droit local (p. ex. les délibérations des organes des collectivités territoriales) est également, au sens de l'art.417/1/ «une procédure appropriée». L'inconstitutionnalité du droit ne peut donc pas être reconnue directement dans la procédure en cours relative à la réparation. En outre, il serait simpliste de considérer, en tenant compte de la formule de réparation adoptée, que chaque manque de conformité de la disposition à une norme supérieure hiérarchiquement peut être à l'origine de la responsabilité (cela dépend p. ex. de la relation de cause à effet ainsi que du type de décision jugeant un droit inconstitutionnel)<sup>10</sup>.

Il est certain que **les questions les plus difficiles** peuvent apparaître en relation avec la nouvelle formule de la responsabilité de réparation en cas des omissions législatives, donc en cas d'un dommage causé par l'absence de promulgation d'une norme juridique (l'art. 417/1/ § 4 code civil). Cela est une forme particulière de responsabilité pour, ce qu'on appelle, l'illégalité juridique.

Il convient à ce propos de remarquer que les omissions législatives ne font en principe l'objet du contrôle effectué par le juge constitutionnel, cela étant d'ailleurs courant dans les systèmes adoptés en Europe (le système hongrois en constitue un exception)<sup>11</sup>. Le juge constitutionnel est un législateur négatif et il ne lui appartient pas, ce qui est fréquemment souligné dans les décisions du Tribunal Constitutionnel<sup>12</sup>, de s'immiscer dans les compétences du législateur, c'est à dire d'élaborer le contenu du droit qui devrait être promulgué, de décider de la pertinence de telle ou telle orientation dans le domaine de la politique sociale ou économique. Il est donc incontestable que ce sont les normes juridiques existantes qui restent toujours l'objet de l'examen (et non leur absence) et, par conséquent, c'est le contenu de ces choix juridiques positifs qui est soumis au contrôle de «la constitutionnalité» du droit. **Une forme pure de l'omission «législative» qui se manifeste par l'absence de la mise en œuvre de différentes décisions politiques, économiques, sociales ne peut donc pas être qualifiée d'inconstitutionnelle ou être con-**

<sup>10</sup> La question ne peut être que signalée. Voir pour cette question M.Safjan, Responsabilité de réparation de l'autorité de puissance publique, Lexis Nexis 2004. p.44 et suivantes.

<sup>11</sup> Voir M. Granat, Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité du droit dans les états de l'Europe Centrale et Orientale, Warszawa 2003, p. 195 et suivantes (§ 1e de la loi hongroise relative au TC statue qu'il appartient au TC « de supprimer les contradictions avec la constitutions résultant des négligences »). Voir aussi quant au système portugais L. Bosek, Omission juridique comme objet du contrôle judiciaire (étude comparative), Unité de Jurisprudence et d'Etudes du Secrétariat du TC, Warszawa 2003.

<sup>12</sup> Voir p. ex. la décision du TC du 6 mai 1998, K 37/97, OTK ZU 1998, n° 3, position 33.

**sidérée comme expression d'un certain état de l'illégalité juridique.** Elle peut faire l'objet d'une responsabilité politique. On a, par contre, affaire à une situation tout à fait différente lorsque l'examen des normes juridiques existantes mène à la conclusion que la disposition en question est incomplète, contient des omissions qui font qu'elle enfreint les principes et les valeurs constitutionnels.

Par conséquent, l'application de l'art. 417<sup>1</sup> § 4 pour les cas de l'absence de l'adoption des normes juridiques du rang d'une loi peut donc être très limitée, étant donné que l'on puisse parler d'une omission législative uniquement lorsque l'obligation de l'adoption de la loi est explicite.

L'obligation de ce type ne peut certainement pas être déduite des normes constitutionnelles, générales et imprécises, prévoyant l'engagement des actions par les pouvoirs publics (dont les actions législatives) dans des domaines tels que l'assistance aux familles en difficulté matérielle et sociale (l'art. 71 de la Constitution), l'aide aux personnes handicapées en matière de moyens d'existence, de formation professionnelle et communication sociale (l'art. 69 de la Constitution) ou bien le soutien aux activités des citoyens en faveur de la protection et de l'amélioration de la qualité de l'environnement (l'art. 74 alinéa 4 de la Constitution). Dans toutes ces situations citées, la liberté du législateur est très large et il est impossible, sans s'immiscer dans le champ des compétences du pouvoir législatif, de définir le contenu des hypothétiques normes juridiques dont l'absence de l'adoption pourrait devenir la prémisse de la responsabilité de réparation.

### **3. Dilemmes de responsabilité pour un droit défectueux**

Si à nos jours, nous recherchons la réponse à la question fondamentale si la défectuosité du droit, appelée l'illégalité normative, devrait conduire, en principe, à la responsabilité de réparation, nous obtenons habituellement, à des niveaux différents, une réponse affirmative<sup>13</sup>.

**Au niveau de l'axiologie** systémique, de la perspective des relations entre l'état et l'individu, car dans un état démocratique fondé sur le principe du respect du droit sur tous les niveaux et, surtout, du respect des droits fondamentaux garantis par la Constitution, il est inadmissible de faire subir à l'individu le risque des actions illégales de l'état, violant le champ de la «sécurité» individuelle garantie par la loi, même si cette action illégale trouvait son origine dans une disposition de loi.

<sup>13</sup> Voir pour cette question la position critique d'A. Szpunar qui s'est toujours opposé à appliquer la responsabilité de l'état aux cas de l'illégalité normative (Responsabilité du Trésor d'Etat pour les fonctionnaires, Warszawa, 1985). Quant au débat précédent le dernier amendement dans ce domaine voir aussi R. Szczepaniak, Responsabilité pour le dommage causé par l'adoption d'une norme juridique, «Trimestriel du Droit Privé» 1999, n° 3, p. 513 et suivantes.



**Au niveau des principes fondamentaux** du système définissant les sources et la structure des normes juridiques et, surtout, la suprématie hiérarchique des normes constitutionnelles ainsi que des normes du droit international incorporées au système et appliquées directement. La justification de la responsabilité peut être recherchée dans la logique de la construction du système, car celui-ci devrait prévoir non seulement la nécessité de contrôler le respect de la conformité hiérarchique du droit, mais également «un ensemble d'instruments d'exécution» pour le cas où la norme supérieure ne serait pas respectée (dans un état de droit aucune forme de l'illégalité ne peut être tolérée, même celle de l'illégalité normative).

**Au niveau des principes généraux** de la responsabilité de réparation, où le comportement causal, examiné selon des critères parfaitement objectivés sur lesquels est fondé le concept de l'illégalité civiliste, devient le point de départ pour des approches civilistes modernes, il serait injustifié d'exclure le comportement causal des organes de puissance publique s'il se manifeste sous la forme d'une illégalité normative.

C'est enfin **au niveau de la sociologie politique** d'un état démocratique que nous trouverons la justification de la responsabilité dans ce domaine. En effet, on indique à juste titre qu'une dépendance directe existe entre la confiance au pouvoir et aux structures démocratiques de l'état et le fait de respecter rigoureusement ses obligations par les organes de l'état. L'état responsable pour ses faits inspire plus de respect et de considération et, en outre, est plus enclin à supprimer toutes les irrégularités du domaine de ses compétences, dont celles liées à l'élaboration du droit.

Cependant, **il existe des arguments sérieux en faveur d'une opinion opposée.** Rejetons à ce propos toute la panoplie des arguments du XIX<sup>e</sup> siècle avancés contre la responsabilité des organes de puissance publique pour tout type d'*actes de puissance*. A nos jours, il existe au moins deux raisons essentielles en faveur de l'opinion qui s'oppose ou au moins vise la limitation de la responsabilité pour l'illégalité normative.

Premièrement, **au niveau des principes généraux du système**, on indique que la responsabilité peut conduire à la violation du modèle de l'état qui vient de l'époque du XVIII<sup>e</sup> siècle, caractérisé par une séparation claire entre le pouvoir législatif, judiciaire et exécutif. Autrement, les tribunaux pourraient «punir» le législateur même en portant de cette façon, *de facto*, atteinte à sa compétence exclusive en matière de l'élaboration du droit.

Deuxièmement, sur la base des appréciations extra - juridiques qui, cependant, ne peuvent pas être négligées dans le débat en cours, on indique que la responsabilité des organes de puissance publique pour l'illégalité normative peut porter un coup fatal à l'état des finances publiques, rendre impossible la satisfaction des autres besoins importants en conduisant ainsi à des conséquences sociales impossibles à prévoir.

#### 4. En guise de conclusion

Ces réflexions justifient une thèse générale selon laquelle l'approche au principe de la responsabilité des organes de puissance publique est en même temps un indicateur caractéristique pour le système démocratique et pour le type de relations entre le pouvoir public et le citoyen. L'évolution de ces principes dans le droit polonais et européen reflète bien l'histoire de l'évolution du système politique en espace de ces quelques dizaines d'années.

Il s'avère pourtant que les nombreux et importants dilemmes et questions, qui attendent toujours leur réponse, ne cessent d'être d'actualité, malgré les derniers changements importants dans le domaine de cette responsabilité visant sa plus grande objectivation. L'antinomie entre l'intérêt individuel et général, loin d'être apparente, est de plus en plus significative. La nécessité de répondre à des problèmes complexes liés à l'illégalité dite normative va devenir de plus en plus pressante. Il est indiscutable que l'existence du juge constitutionnel dans le système juridique constitue une référence importante et, peut être même essentielle, pour toutes les analyses effectuées dans ce domaine.

Nous nous trouvons face à un tournant dans le domaine des principes de la responsabilité des organes de puissance publique. Une réflexion approfondie sur ces questions devient urgente. Les décisions du Tribunal Constitutionnel ainsi que l'amendement du code civil du 17 juin 2004 sont à l'origine d'un tournant essentiel en ce qui concerne la responsabilité de l'état. Les choix opérés renforcent les doutes du point de vue de la question fondamentale de savoir si les fonctions de garantie trop larges de cette responsabilité ne conduisent pas à mettre fin à un équilibre fragile entre la protection des droits individuels liés à la mise en œuvre du droit subjectif à la réparation de la part de l'état et l'intérêt général représenté par cet état qui peut subir une charge excessive du risque de supporter toutes les conséquences accidentelles, impossibles à éviter, des vices du fonctionnement des institutions de l'état. Evidemment, cette question relève plutôt du domaine de la politique du droit que du dogme juridique et devrait, en premier lieu, être adressée aux auteurs du droit et non pas à ses exécutants. L'interprétation du droit ne devrait, cependant, perdre de vue ces relations essentielles entre les valeurs rentrant en jeu. Le problème lié à la recherche d'un équilibre approprié entre les choix compensatoires est d'un ordre universel. En effet, il existe un seuil de rationalité dans la protection des intérêts de la personne lésée dont le dépassement peut mener à des conséquences négatives pour des victimes éventuelles et un groupe plus large de sujets. Ce phénomène est observé dans certains domaines de responsabilité de réparation, p. ex. dans celui de la responsabilité pour le produit ou la responsabilité pour les prestations médicales. Dans les deux cas, une tendance forte visant à maximaliser la protection de la personne lésée, se manifestant par une objectivation de plus en plus grande des prémisses de la responsabilité et par une augmentation des standards de rigueur professionnelle, mène également à des effets indésirables. Le coût des prestations d'assurance augmente continuellement, ce qui influence par

conséquent le prix des produits et des services. Finalement, c'est donc le consommateur qui subit la charge de sa protection compensatoire augmentée. Le problème de la responsabilité des organes de puissance publique n'est pas libre de ce dilemme. C'est toute la société qui subit les conséquences d'un risque de la responsabilité et d'une compensation plus grandes.

Il convient donc de formuler l'opinion qu'en recherchant des solutions adéquates dans ce domaine, il n'est pas juste d'être guidé par l'impératif *Fiat iustitia perat mundus*. Il est nécessaire d'adopter une position bien plus équilibrée tenant compte de la complexité du conflit des valeurs rentrant en jeu. La protection de la norme suprême résultant de la Constitution par les instruments de la responsabilité compensatoire exige le respect des valeurs telles que: protection de la sécurité juridique, stabilité des relations juridiques, interdiction de rétroactivité du droit, protection de la confiance envers l'état et le droit qu'il adopte.

## РЕЗЮМЕ

Вопрос ответственности органов государственной власти все более привлекает внимание юристов, и не только в Польше. Без преувеличения можно предположить, что в этом вопросе как в призме отражаются проблемы, относящиеся как к конституционной, так и философской областям. Анализируя состояние этой ответственности в национальных правовых системах, так же как и на международном уровне, ее динамическую эволюцию, особенно за последние годы, можно претендовать на то, что она отражает природу взаимоотношений между государством и индивидуумом, что она позволяет идентифицировать изменения, происходящие в образе юридического мышления и в функционировании демократических механизмов. Эволюция принципа ответственности органов государственной власти отражает историю эволюции политической системы на протяжении последних десятилетий.

В то же время становится очевидным, что многочисленные и важные дилеммы и вопросы, которые ждут своего решения, все еще актуальны, несмотря на произошедшие значительные изменения в области данной ответственности. Противоречие между личным и общественным интересом, далеко не всегда очевидное, все более и более значительно. Все более острой становится необходимость ответа на сложные проблемы так называемой нормативной противозаконности. Неоспоримо, что наличие конституционного судьи в правовой системе очень важно и существенно для всех анализов, проводимых в этой области.

В настоящее время мы находимся на поворотном этапе в области принципов ответственности органов государственной власти. Решения

Конституционного Трибунала Польши, а также изменение Гражданского кодекса от 17 июня 2004 года явились основным поворотным моментом в этой области. Изменения, произошедшие в этой области, усиливают сомнения с точки зрения основополагающего вопроса. Очевидно, что этот вопрос исходит более всего из области правовой политики, чем из правовой догмы и должен, в первую очередь, быть направлен авторам права, а не его исполнителям. В тоже время интерпретация права не должна терять из поля зрения эти существенные взаимоотношения между действующими ценностями. Проблема, связанная с поиском соответствующего равновесия между компенсационными выборами, имеет глобальный характер. На самом деле есть предел рациональности в защите интересов личности, понесшей ущерб, превышение которого может повлечь отрицательные последствия для возможных жертв и для более широкой группы субъектов. Этот феномен наблюдается в некоторых областях ответственности возмещения, к примеру в ответственности за произведенный товар или же за оказанные медицинские услуги. В обоих случаях сильна тенденция усиления защиты личности, понесшей ущерб, которая в то же время ведет к нежелательным последствиям. Стоимость страховых услуг непрерывно возрастает, что, следовательно, сказывается на цене товаров и услуг. В конечном итоге, потребителю приходится нести расходы вследствие увеличения компенсационной защиты. Проблема ответственности органов государственной власти не свободна от этой дилеммы. Это общество, которое в целом претерпевает последствия риска все большей ответственности и компенсации.

Надлежит формировать также общественное мнение, что в поисках адекватных решений в этой области неверно руководствоваться принципом *Fiat iustitia pereat mundus*. Необходимо принять более взвешенную позицию с учетом сложности конфликта действующих ценностей. Защита высшей нормы, исходящей из Конституции, инструментами компенсационной ответственности требует соблюдения таких ценностей, как: защита правовой безопасности, стабильность правовых взаимоотношений, запрещение обратной силы закона, защита доверия к государству и праву.



# LA PLACE DES CONSIDÉRATIONS EXTRA-JURIDIQUES DANS L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

**PIERRE MAZEAUD**

*President du Conseil constitutionnel de France*

MESDAMES, MESSIEURS,

Le sujet de mon intervention peut surprendre: comment pourrait-il y avoir place, dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, pour des considérations extra-juridiques? Le juge constitutionnel ne se prononce-t-il pas en droit et uniquement en droit? S'il en était autrement, ne s'exposerait-il pas au risque d'empiéter sur le pouvoir d'appréciation des représentants élus de la Nation?

Ces questions ne sont pas négligeables et il est parfois jugé plus séant de les esquiver. Notre intervention d'aujourd'hui ne les éludera pas: oui, le contrôle de constitutionnalité repose pour partie sur des considérations extra-juridiques.

Il faut d'abord souligner que tout juge, quel qu'il soit, est conduit à «produire» du droit, notamment pour combler le silence ou l'ambiguïté de la loi ou pour l'appliquer à une situation particulière. Il y a plus de deux siècles Jean-Marie Etienne Portalis, l'un des rédacteurs de notre Code Civil, écrivait, dans son Discours préliminaire: *«Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action»*.

Récemment, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé l'actualité de ce dialogue entre le législateur et le juge. Il a considéré que le législateur ne saurait *«reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi» mais «que, pour autant, ces autorités conservent le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin, d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières»*<sup>1</sup>.

En deuxième lieu, s'il est clair qu'aucune considération extra-juridique ne saurait dévier le raisonnement juridique lorsque le droit dicte la solution, il est non moins clair que ces considérations ont leur place lorsque le droit n'est plus déterministe et ouvre plusieurs possibilités de solutions. Cette hypothèse se rencontre fréquemment dans le cas de contrôle de constitutionnalité. Juger la loi, c'est se prononcer sur un objet tant juridique que politique, façonné par les représentants du peuple. Produit d'une volonté mais aussi d'un compromis, la loi s'apprécie au regard du contexte et des conditions qui ont présidé à son élaboration.

<sup>1</sup> Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, loi de programme pour la cohésion sociale, cons. 25.

De plus, le juge doit généralement dire si la loi est conforme non pas à une mais à plusieurs normes constitutionnelles qu'il lui appartient de concilier. Il doit aussi juger au regard de l'intérêt général. Notre jurisprudence a ainsi dégagé des «objectifs de valeur constitutionnelle», parfois qualifiés de «démembrements de l'intérêt général», qui permettent la mise en œuvre de cette mission: j'y reviendrai.

Enfin, les caractéristiques propres au Conseil constitutionnel français, qui exerce un contrôle exclusivement *a priori*, à chaud, dans un délai très bref, l'obligent plus que tout autre à élargir ses références pour anticiper les effets de la loi.

Qu'on ne s'y méprenne pas : mon propos n'est pas de faire du Conseil la troisième chambre du Parlement. Abuser de ses pouvoirs saperait sa légitimité! Le contrôle de constitutionnalité réside d'abord, comme l'indiquait le doyen Vedel, dans l'application de «*règles permanentes et objectives, susceptibles d'opérer indépendamment de la nature du pouvoir en place, qu'il soit de droite ou de gauche*»<sup>2</sup>.

Je ne renie rien du message proclamé en 1789 par les révolutionnaires: «*La loi est l'expression de la volonté générale*»<sup>3</sup>. D'ailleurs, nous rappelons souvent dans nos décisions que «*la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement*»<sup>4</sup>. Dans ces conditions, s'il est vrai qu'en 1985 le Conseil constitutionnel, prenant acte de ce qu'il représente désormais, a affirmé que: «*La loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*»<sup>5</sup>, il n'en demeure pas moins que la loi impose aussi le respect à ses juges.

Je vais m'efforcer de montrer que, si la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité peut reposer sur des considérations extra-juridiques, celles-ci peuvent jouer aussi bien dans le sens d'un renforcement des pouvoirs du juge constitutionnel que dans le sens de l'autolimitation.

Le dialogue entre le législateur et le juge induit en pratique des effets de sens contraires: il peut en résulter tant un renforcement du contrôle mis en œuvre par ce dernier qu'une atténuation de ce contrôle.

## **I. - Le contrôle constitutionnel est parfois renforcé par des considérations extra-juridiques**

### **A. Certaines d'entre elles concernent les normes applicables par le Conseil constitutionnel**

Il n'est pas douteux que les références du contrôle de constitutionnalité en France sont incomparablement plus riches que ce qu'il paraissait à l'origine. Cette

<sup>2</sup> Neuf ans de jurisprudence constitutionnelle, Le Débat 1989, n° 55.

<sup>3</sup> Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

<sup>4</sup> Voir, pour un exemple récent : décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen, cons. 42.

<sup>5</sup> Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, cons. 27.

«extension» des critères du contrôle au cours des années trouve sa source dans la volonté du Conseil constitutionnel de «compléter» le «bloc de constitutionnalité» français, initialement peu orienté vers la protection des droits fondamentaux.

### *1. La prise en compte d'une demande de justice constitutionnelle*

La plupart des droits et libertés qui font aujourd'hui partie du bloc français de constitutionnalité datent de 1789 et 1946. La «première génération», de 1789, était destinée à protéger les individus contre les abus du pouvoir politique. Il s'agissait de reconnaître à chacun le droit d'agir librement et d'être traité de façon égale. La «deuxième génération», de 1946, est celle des droits économiques, sociaux et culturels. Elle comporte des droits collectifs (droit syndical, droit de grève) mais aussi des droits-créances: ce ne sont plus les «droits de» que l'on consacre, mais les «droits à»: droit au travail, droit à l'éducation, droit à la santé, droit à la culture, etc.

Mais, pour en arriver là, le Conseil constitutionnel a dû compléter un bloc de constitutionnalité initial (1958) essentiellement tourné vers la régulation des relations entre les pouvoirs publics.

En outre, il a fallu adapter les principes de 1789 et 1946, très généraux, à des situations ignorées des hommes de 1789 et 1946.

Cette révolution s'est faite, en premier lieu, par la reconnaissance de principes fondamentaux reconnus par la législation républicaine antérieure à 1946. A cet égard, la doctrine française voit l'acte véritablement fondateur du contrôle de constitutionnalité en France dans une décision du Conseil constitutionnel de 1971 qui, pour la première fois, donne valeur constitutionnelle aux textes cités par le Préambule de la Constitution de 1958 ainsi qu'aux principes fondamentaux reconnus par la République.

Donnons un exemple récent d'un tel principe déduit par le Conseil constitutionnel de la tradition républicaine. Il n'existe dans notre bloc de constitutionnalité aucune protection pénale des mineurs. Or, dans une décision du 29 août 2002 (n° 2002-461 DC), le Conseil a constaté que des lois de 1906, 1912 et 1945 mettaient en œuvre les deux règles suivantes: la responsabilité pénale des mineurs doit être atténuée en raison de leur âge; la réponse des pouvoirs publics aux infractions qu'ils commettent doit rechercher, autant que faire se peut, leur relèvement éducatif et moral par des mesures prononcées, en fonction de leur âge et de leur personnalité, par des juridictions spécialisées ou selon des procédures adaptées.

En reconnaissant valeur constitutionnelle à ces règles, le Conseil a accru son champ de compétences, répondant par là à une demande de justice constitutionnelle.

Cela ne signifie pas pour autant que les mesures contraignantes et les sanctions doivent toujours être écartées au profit de mesures purement éducatives, mais cela implique que la répression des infractions commises par les mineurs pour-  
sive, dans toute la mesure du possible, une finalité éducative et protectrice.

La création, déjà évoquée, d'une nouvelle catégorie de normes constitutionnelles, les «objectifs de valeur constitutionnelle», participe également de cet accroissement des normes de contrôle. Contrairement aux principes fondamentaux, que l'on vient d'aborder, aucun de nos textes constitutionnels n'en parle. Pourtant, le Conseil considère que ces objectifs sont des buts assignés par la Constitution au législateur pour rendre plus effectifs des droits et principes de valeur constitutionnelle.

Parmi ces objectifs, figurent la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, la recherche des auteurs d'infractions, mais aussi le pluralisme de la presse, le droit d'obtenir un logement décent, l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi.

Il arrive aussi au Conseil constitutionnel de tirer de nouvelles exigences à partir de dispositions écrites de la Constitution:

- Est très utilisé, par exemple, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui proclame: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution». Le Conseil constitutionnel fait découler de cet article un certain nombre d'exigences telles que le droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction, le principe du procès équitable et la sécurité juridique.
- La liberté personnelle et le respect de la vie privée ont été déduits des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 qui proclame: «*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*».
- Le principe de la dignité humaine s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle sur le seul fondement des termes très généraux du Préambule de la Constitution de 1946 qui énoncent qu'«*Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés*».
- La sincérité des lois de finances, avant d'être consacrée par une loi organique, a trouvé son fondement dans l'article 13 de la Déclaration de 1789 qui proclame la nécessité de l'impôt et le principe de l'égalité devant l'impôt en fonction des capacités contributives de chacun.
- De même, à partir de l'article 6 de la Déclaration, qui définit la loi comme «l'expression de la volonté générale», le Conseil constitutionnel juge que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation à énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative.
- De même, encore est-il jugé que des dispositions de portée normative incertaine, c'est-à-dire qui énoncent une règle en termes équivoques ou confus, se heurtent à un principe constitutionnel (la clarté de la loi) et méconnaissent un



objectif de valeur constitutionnelle (l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi).

Enfin, alors qu'aucun texte ne lui donne compétence pour connaître du contentieux des actes préparatoires à un référendum, le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent en 2000 pour statuer sur les décrets relatifs à la convocation, à l'organisation et à la campagne du référendum. Jusqu'à cette date, le Conseil d'Etat se reconnaissait compétent pour examiner la légalité des actes d'organisation de la campagne à l'exception du décret de convocation des électeurs, dans lequel il voyait un «acte de Gouvernement». Comme, en pratique, il est impossible d'annuler les résultats d'un référendum après que le peuple s'est prononcé, il existait une sorte de déni de justice. Le Conseil constitutionnel y a donc mis fin de sa propre initiative.

## 2. La prise en compte d'exigences conventionnelles

La jurisprudence des cours internationales peut avoir une influence sur celle du Conseil constitutionnel.

C'est le cas en matière de validations législatives, c'est-à-dire lorsque le législateur modifie rétroactivement le droit positif afin de permettre de régulariser des actes juridiques annulés ou dont la légalité risque d'être mise en cause devant une juridiction.

Le Conseil constitutionnel a durci son contrôle depuis 1999 pour se mettre en concordance avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 28 oct. 1999, n° 248446/94 et autres, Zielinsky, Pradal et Gonzales c/ France), selon laquelle «*le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable... s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige*».

Le Conseil constitutionnel n'utilise pas exactement les mêmes critères que la Cour de Strasbourg, mais le résultat obtenu est similaire. Il n'accepte une validation législative que si celle-ci répond aux critères cumulatifs suivants: définition stricte de la portée de la validation; but d'intérêt général suffisant; respect des décisions de justice ayant force de chose jugée; respect du principe de non rétroactivité des peines et des sanctions; absence de méconnaissance par l'acte validé de règles ou de principes de valeur constitutionnelle, sauf dans le cas où le but d'intérêt général visé par la validation est lui-même de valeur constitutionnelle.

On constate, depuis que le Conseil constitutionnel a renforcé son contrôle, que les lois de validation, qui étaient une solution de facilité pour le Parlement et le Gouvernement, sont de moins en moins nombreuses et que celles qui sont adoptées sont beaucoup plus justifiées au regard des critères retenus tant par le Conseil que par la Cour européenne des droits de l'homme.

## ***B. D'autres considérations concernent les techniques utilisées par le Conseil constitutionnel***

### ***1. Réserves directives***

Dans le cadre du contrôle *a priori* qui incombe au juge constitutionnel français, celui-ci utilise la technique des réserves. Si les réserves interprétatives ou neutralisantes ne révèlent pas, par elles-mêmes, un accroissement de son contrôle puisqu'elles évitent la plupart du temps une censure, il en va différemment des réserves directives par lesquelles il veut s'assurer à l'avance d'une bonne exécution de la loi. Il s'adresse alors à l'autorité chargée d'appliquer cette dernière - ce peut être le pouvoir réglementaire ou le juge, qu'il soit de l'ordre judiciaire ou administratif - afin que soient respectées certaines exigences constitutionnelles.

Lorsqu'une réserve s'adresse aux autorités juridictionnelles, il s'agit de véritables appels lancés au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ainsi qu'aux juridictions qu'ils contrôlent par la voie de l'appel ou de la cassation, pour qu'ils assurent le respect de l'interprétation de la loi donnée par le Conseil constitutionnel.

Pour illustrer mon propos, je citerai –parmi de très nombreux exemples- la réserve émise par le Conseil le 20 janvier 2005, à propos de la loi relative aux juges de proximité. L'article 66 de la Constitution confie à l'autorité judiciaire le rôle de «*gardienne de la liberté individuelle*», ce qui signifie que: «*Nul ne peut être arbitrairement détenu*». Or, les juges de proximité, qui sont des juges temporaires, ne font pas partie de «*l'autorité judiciaire*», pas plus que les autres juges temporaires. Le Conseil a donc émis une réserve d'interprétation directive: pour respecter l'article 66 de la Constitution, les magistrats professionnels doivent demeurer majoritaires dans la formation de jugement qui est susceptible de priver une personne de sa liberté individuelle.

Il arrive même au Conseil constitutionnel d'adresser des directives au législateur lorsqu'il relève une carence législative. Ainsi, dans une décision du 3 avril 2003, le Conseil constitutionnel a constaté que l'exigence de parité entre hommes et femmes, posée par l'article 3 de la Constitution en ce qui concerne les mandats électoraux et les fonctions électives, n'avait pas été rendue applicable à l'Assemblée de Corse, alors que cela l'avait été pour les conseils régionaux. Aucune particularité locale, ni aucune raison d'intérêt général, ne justifiait cette différence de traitement. En conséquence, il a jugé qu'«*il appartiendra à la prochaine loi relative à l'Assemblée de Corse de mettre fin à cette inégalité*». Six mois après cette «injonction», le législateur a adopté une loi dont l'article unique dispose que: «*Chaque liste est composée alternativement d'un candidat de chaque sexe*» (loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003).

## ***2. Exception d'inconstitutionnalité***

L'article 61 de la Constitution n'envisage le contrôle de la constitutionnalité des lois qu'entre leur vote et leur promulgation. Or, de façon prétorienne, le Conseil a considéré qu'il pouvait statuer, même si c'était dans des cas limités, sur des lois déjà promulguées. Cette compétence exceptionnelle pour connaître d'une loi promulguée s'exerce à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui «la modifient, la complètent ou affectent son domaine». Elle lui a permis en 1999 de déclarer contraire à la Constitution une disposition législative qui instaurait une peine d'inéligibilité automatique et qui avait été promulguée en 1985.

## ***3. Désistement impossible***

Contrairement à un principe bien établi qui fait obligation au juge d'accepter le désistement présenté par un requérant, qu'il applique d'ailleurs au contentieux électoral, le Conseil constitutionnel juge qu'une fois la saisine déposée en application de l'article 61 de la Constitution, tout désistement est impossible, quel que soit son auteur, sauf en cas d'erreur matérielle, de fraude ou de vice du consentement.

Le Conseil considère en effet «qu'aucun des textes fixant la procédure applicable devant lui n'habilite les autorités de saisine à [le] dessaisir». En faisant une interprétation littérale, voire restrictive, du texte constitutionnel (art. 61) et de l'ordonnance organique relative au Conseil (art.18), il veut écarter certaines manœuvres politiques tendant à «faire obstacle à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité engagé». Cela signifie que la saisine est assimilable à un recours d'ordre public qui fait obligation au juge, une fois saisi valablement, de statuer sur la demande indépendamment de la volonté ou de la situation juridique de son ou ses auteurs. Son contrôle en sort donc renforcé.

Mais il existe aussi beaucoup de cas où des considérations extra-juridiques jouent dans le sens de l'atténuation du contrôle.

## **II. - Le contrôle constitutionnel peut également être atténué du fait de la prise en compte de considérations extra-juridiques**

Le Conseil constitutionnel s'était défini à l'origine, de manière assez modeste, comme un simple «régulateur de l'activité des pouvoirs publics». Si l'accroissement de son rôle en matière de protection des droits fondamentaux l'a conduit à abandonner rapidement une définition aussi réductrice, il n'en a pas moins multiplié les mécanismes dits « d'autolimitation» (I).

En dehors même de ces mécanismes, les modalités concrètes d'exercice de ses compétences liées à la prise en compte de l'évolution du contexte sociologique, politique, économique, ... dans lequel interviennent les textes soumis à son examen peuvent, elles aussi, conduire à diverses formes d'atténuation du contrôle de constitutionnalité (II).

### A. *L'atténuation du contrôle constitutionnel résultant des mécanismes d'auto-limitation*

Le Conseil a dégagé de lui-même plusieurs principes qui témoignent d'une volonté aussi ancienne que constante de se détourner du «gouvernement des juges». Cette attitude a contribué à faire accepter ses décisions. Elle se traduit aussi bien dans la définition de sa compétence que dans le choix des critères généraux de son exercice.

Pour ce qui concerne, en premier lieu, la définition de sa compétence, le Conseil constitutionnel a énoncé, dès 1961, qu'il ne pouvait être saisi «que dans les cas et suivant les modalités fixés par la Constitution», ce qui signifiait qu'il ne reconnaissait disposer que d'une compétence d'attribution.

Certes, il lui est arrivé, par la suite, d'atténuer la portée de cette décision, par exemple en se déclarant compétent, en 2000 et 2005, pour le contentieux des décrets propres à un référendum, alors que cette compétence n'est pas expressément prévue par la Constitution. Mais on a vu que cette évolution répondait à la nécessité d'une clarification de la répartition des compétences entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel.

Le principe même de la compétence d'attribution n'a jamais été remis en cause. C'est pourquoi le Conseil estime qu'il ne peut statuer ni sur les lois qui sont adoptées par le peuple français à la suite d'un référendum et qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale (décisions de 1962 et 1992), ni sur une révision constitutionnelle, même lorsqu'elle se réalise par la voie parlementaire (décision de 2003).

La volonté d'autolimitation du Conseil se manifeste également dans le choix des critères généraux d'exercice de ses compétences.

Donnons-en trois exemples:

1. Comme on l'a vu, le Conseil rappelle de manière régulière que *«la Constitution ne (lui) confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement»*.

Il en résulte que le Conseil exerce généralement un contrôle restreint. Il recourt fréquemment au critère de *«l'erreur manifeste»*. Il vérifie ainsi que le législateur n'a pas commis d'erreur flagrante dans le travail de conciliation auquel il doit procéder entre les diverses exigences constitutionnelles en fonction du but qu'il s'est assigné. Tant qu'il n'y a pas d' *«erreur manifeste»*, tant que la conciliation opérée n'est pas *«manifestement déséquilibrée»*, la censure n'est pas encourue.

2. Le deuxième exemple concerne les questions de constitutionnalité soulevées d'office. Le Conseil s'est reconnu le pouvoir d'étendre son contrôle y compris à des dispositions législatives qui ne sont pas contestées par les requérants. Le contentieux des normes est en effet un contentieux d'ordre public. Le Conseil estime ainsi que l'effet d'une saisine est *«de mettre en oeuvre, avant la clôture*

*de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part de ses auteurs».*

Pourtant, le Conseil ne soulève qu'avec circonspection des questions de constitutionnalité que les auteurs des saisines n'ont pas invoquées. Cette parcimonie s'explique en partie par des contraintes matérielles : la modestie des moyens dont il dispose et l'obligation qui lui est faite de statuer dans un délai d'un mois ne lui permettent pas d'exercer son contrôle sur les centaines de dispositions législatives que contiennent les textes qui lui sont soumis dans un laps de temps très court.

Ainsi, ayant dû rendre huit décisions sur des textes de nature et de portée très diverses au cours du seul mois de juillet 2005, le Conseil ne pouvait sérieusement exercer son contrôle d'office, même s'il a, de fait, examiné d'autres dispositions que celles qui lui étaient expressément soumises, sans que cela apparaisse toutefois dans les décisions.

Au demeurant, même lorsque les conditions matérielles lui permettent un examen exhaustif des dispositions d'un texte qui lui est soumis, le Conseil demeure prudent dans l'usage du moyen d'office, qui conduit généralement à la censure, ou, parfois, à l'émission d'une réserve.

Le choix d'en faire usage ou non résulte d'un processus dont il est difficile de rendre compte et qui repose sur la combinaison de considérations extra-juridiques qui tiennent, par exemple, au caractère plus ou moins important de la question en cause, à l'intérêt pédagogique que peut présenter la censure, au caractère consensuel ou non de la disposition dont la constitutionnalité est douteuse.

A titre d'exemple, parmi les 25 décisions rendues entre janvier 2004 et juillet 2005, seules quatre ont donné lieu à l'examen d'office de dispositions. Trois de ces décisions ont prononcé des censures.

La seule éventualité que le Conseil soulève des moyens d'office constitue, dans certaines hypothèses, un frein à sa saisine. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'opposition est parvenue à faire introduire, dans une loi qu'elle conteste, une disposition dont la constitutionnalité est douteuse mais qui lui donne satisfaction. Elle peut alors s'abstenir de saisir le Conseil, par crainte de le voir déclarer cette disposition contraire à la Constitution.

C'est aussi afin d'assurer cette dissuasion régulatrice que le Conseil s'efforce de ne pas laisser passer une trop longue période sans procéder à un examen d'office.

3. Le troisième exemple d'autolimitation dans l'exercice de la compétence du Conseil réside dans le fait qu'il ne censure que très rarement une loi déférée à la suite d'une première censure.

Rien n'interdit au Conseil de censurer une seconde fois. Mais force est de constater que ce cas de figure ne s'est produit jusqu'ici qu'à deux reprises pour des dispositions de portée limitée issues à chaque fois d'un amendement parlementaire.

On peut penser que la rareté des «deuxièmes censures» s'explique par le fait que le législateur s'est intégralement conformé à la décision initiale du Conseil. Mais cette rareté s'explique surtout par le souci du Conseil de ne pas créer une situation de crise avec le Parlement, dès lors, du moins, que le «message» contenu dans la première décision a été entendu par le législateur.

On pourrait citer bien d'autres exemples de la retenue observée par le Conseil constitutionnel, comme:

- la discipline qu'il s'impose pour ancrer les principes mis en oeuvre dans un texte du bloc de constitutionnalité;
- la définition de critères stricts pour la détermination des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République;
- le refus d'étendre le «bloc de constitutionnalité» aux traités internationaux;
- le refus de se reconnaître le pouvoir de réécrire la loi, etc...

La retenue du juge constitutionnel français procède également de considérations pratiques.

### ***B. L'atténuation du contrôle de constitutionnalité résultant des modalités concrètes d'exercice des compétences***

Les modalités concrètes de l'exercice des compétences du Conseil peuvent contribuer, tout comme les mécanismes généraux d'autolimitation, à une atténuation du contrôle de constitutionnalité.

On peut en donner six exemples de nature et de portée diverses.

1. La nature des droits invoqués devant lui emporte des conséquences sur le degré du contrôle de constitutionnalité.

Ceci est particulièrement net à propos des droits énumérés par le Préambule de la Constitution de 1946, qui constituent pour l'essentiel des droits économiques et sociaux, dits de «deuxième génération». En les intégrant dans le bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a incontestablement donné tort à ceux qui n'y voyaient que de simples orientations philosophiques. Mais il ne leur a pas pour autant conféré une portée normative identique à celle dont bénéficient les dispositions qui garantissent les autres droits et libertés

Plusieurs droits ou principes, expressément mentionnés par le Préambule ou qui en ont été déduits ont été en effet qualifiés d'«objectifs de valeur constitutionnelle». Il en est ainsi, par exemple, du droit à la protection de la santé et de la

possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et, plus généralement, de l'ensemble des prescriptions constitutionnelles tirées des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 (droit aux conditions nécessaires au développement de la famille et de l'individu; droit à la protection de la santé, au repos, aux loisirs, etc.).

Le fait de conférer une telle qualification à ces droits a servi à tempérer leur portée, malgré l'affirmation de leur niveau constitutionnel. Ils doivent être considérés comme n'ayant pas un caractère absolu, n'étant pas d'application directe et s'adressant non aux particuliers mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat.

En particulier, ils ne sont pas des droits subjectifs, dotés d'une justiciabilité directe. C'est évidemment le réalisme qui a dicté cette solution: le niveau des prestations servies par l'«Etat Providence» étant conditionné par la situation économique, il ne serait pas raisonnable de le fixer de façon rigide au niveau constitutionnel.

2. Le degré du contrôle de constitutionnalité dépend également du choix des critères utilisés dans une affaire particulière.

Par exemple, à l'occasion de la loi instituant les juges de proximité, juges non professionnels chargés de statuer sur les litiges mineurs d'ordre civil et pénal, le Conseil constitutionnel a posé pour principe que ces juges ne doivent exercer qu'«une part limitée des compétences» dévolues aux tribunaux composés de magistrats professionnels. Dans une décision de 2002, il a validé la loi dont il était saisi en estimant que cette condition était remplie. Saisi en 2004 de la loi étendant les attributions de ces juges de proximité, le Conseil a utilisé le même critère de «part limitée» et conclu, cette fois encore, à la conformité de la loi à la Constitution.

Cet exemple témoigne de la permanence de la jurisprudence, mais il met également en lumière l'atténuation du contrôle qui s'attache au choix de certains critères. A partir de quand peut-on dire, en effet, que la part ne sera plus limitée? L'incertitude, la marge d'appréciation joue incontestablement en faveur de l'appréciation du législateur.

3. L'atténuation du contrôle de constitutionnalité peut encore résulter de l'assouplissement des exigences textuelles.

Le Conseil a ainsi rejeté l'idée selon laquelle le législateur ne pourrait restreindre les droits fondamentaux que dans les cas expressément prévus par la Constitution.

Saisi, en 1985, d'une loi prolongeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, il a jugé que le législateur disposait d'une compétence générale pour effectuer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, sans lequel, comme il a pris soin de le préciser, l'exercice des libertés publiques ne saurait être assuré. Il a jugé en outre que cette compétence pouvait s'exercer

alors même qu'elle n'était pas mentionnée dans la Constitution. De fait, l'état d'urgence, réglementé par une loi de 1955, donc antérieure à la Constitution de la V<sup>ème</sup> République, est absent des prévisions constitutionnelles.

Naturellement, le raisonnement du Conseil ne saurait être interprété comme autorisant la mise en œuvre régulière de régimes contraires aux libertés. Ces restrictions ne peuvent intervenir que dans des circonstances exceptionnelles.

Néanmoins, en admettant la compétence du législateur ordinaire sans exiger qu'il bénéficie d'une habilitation constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a choisi de ne pas faire obstacle à l'action du Gouvernement à un moment où il était nécessaire et urgent d'assurer la continuité de l'Etat, alors qu'une crise d'une particulière gravité affectait une partie du territoire national.

La reconnaissance de ce pouvoir du législateur de restreindre les libertés sans texte constitutionnel, mais en vertu d'une loi promulguée antérieurement à la Constitution, peut être rapprochée d'une autre décision selon laquelle les autorités de l'Etat disposent, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un pouvoir de réquisition qui peut s'exercer même sans texte.

Ainsi, en rejetant, dans une décision de 2003, le recours formé contre une loi qui précisait les cas dans lesquels les préfets pouvaient procéder à des réquisitions en cas de calamité, le Conseil a jugé que cette loi ne faisait que préciser les pouvoirs de police administrative qui leur appartenaient d'ores et déjà en cas d'urgence lorsque le rétablissement de l'ordre, de la sécurité, de la salubrité ou de la santé publics exige des mesures de réquisition.

4. Un autre exemple d'atténuation du contrôle réside dans l'évolution de la jurisprudence du Conseil à propos de ce qu'il est convenu d'appeler «l'effet cliquet».

En matière de libertés publiques, le Conseil a en effet renoncé à la tentation d'instaurer une règle générale de «non retour en arrière». Cette règle avait été pourtant énoncée en matière de protection de la liberté de communication, mais le Conseil l'a abandonnée, dans ce domaine, dès 1986 et ne l'a appliqué qu'une fois par la suite, dans un domaine différent.

La jurisprudence du Conseil est donc désormais bien fixée en ce sens qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Ce pouvoir n'est certes pas sans limite, mais la seule exigence posée par le Conseil est que le législateur «ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles».

L'application stricte de «l'effet cliquet» aurait eu pour conséquence que la législation aurait du être toujours plus protectrice à l'égard de nombreux principes et que chaque avancée législative aurait été constitutionnalisée. Ce mécanisme n'aurait pu se réaliser qu'au détriment d'autres droits ou d'autres exigences de valeur constitutionnelle tout aussi éminents, mais dont la protection législative n'a pas encore connu un développement équivalent.



Problématique en matière de libertés, la notion d'effet cliquet était au surplus totalement inadaptée aux droits économiques et sociaux. On peut en effet envisager que certaines évolutions économiques rendent impossible le maintien du niveau de protection déjà atteint.

5. L'atténuation du contrôle peut également se traduire par des revirements de jurisprudence répondant à des considérations de nature non juridiques.

Certes, la cohérence de la jurisprudence constitue une des préoccupations majeures du Conseil constitutionnel. Elle répond au souci d'asseoir sa crédibilité dans l'ordre juridique français et, plus profondément, d'apporter sa contribution à la sécurité juridique.

Mais le Conseil sait aussi d'expérience que, face à certaines évolutions de la société, l'application systématique et entêtée de solutions antérieurement dégagées n'est ni souhaitable, ni possible. Il sait même que certaines solutions antérieures de sa jurisprudence ont pu produire un résultat malheureux du point de vue de l'intérêt général ou se heurter à de grandes difficultés d'application.

S'il doit être soigneusement pesé en tenant compte de ses avantages et de ses inconvénients, le changement de jurisprudence peut n'en être pas moins indispensable à la vitalité de l'institution, à l'adéquation de la jurisprudence à l'intérêt général et à son adaptation aux circonstances.

Significative à cet égard est l'inflexion de la jurisprudence du Conseil en matière de rétention administrative des étrangers en situation irrégulière, en cours d'éloignement du territoire national.

Une décision du 13 août 1993 jugeait que, sauf menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, la Constitution interdisait de retenir pendant plus d'une semaine un étranger en voie d'éloignement.

Une décision du 20 novembre 2003 n'en a pas moins validé des dispositions qui, afin de permettre à l'administration de disposer d'un temps suffisant pour exécuter de manière effective les mesures d'éloignement, ont porté à trente deux jours le maximum de la durée de la rétention.

On peut considérer que la prise en compte de considérations extra-juridiques a joué un rôle important dans cette décision. Le fait que la quasi-totalité des pays européens connaissaient une durée de rétention qui excédait la durée maximale prévue par la loi nouvelle n'a pu qu'influencer le Conseil dans le sens du changement de jurisprudence. La volonté du législateur de remédier à un état de fait dans lequel une faible proportion seulement des mesures d'éloignement prononcées étaient exécutées, ce que l'opinion publique avait du mal à admettre, a également été déterminant.

6. Enfin, l'usage des réserves d'interprétation peut, dans bien des cas, relever de l'auto-limitation.

On sait que la technique des réserves d'interprétation permet de déclarer une disposition conforme à la Constitution, à condition que cette disposition soit interprétée ou appliquée de la façon indiquée par le Conseil. Les réserves n'ont de sens que pour autant qu'elles guident la solution des litiges nés ultérieurement de l'interprétation ou de l'application de la loi.

On touche ici à la force et à la faiblesse des réserves. En se bornant à émettre une réserve, le Conseil constitutionnel permet d'introduire dans l'ordre juridique une disposition qui, interprétée autrement, ne serait pas conforme à la Constitution.

C'est alors le destinataire de la réserve, juge ordinaire ou administration, qui devient, en quelque sorte, le dépositaire du respect de la Constitution.

L'usage des réserves présente l'avantage de permettre la prise en compte d'une certaine réalité politique en évitant une censure et donc un conflit avec la Représentation nationale, tout en préservant les exigences constitutionnelles.

Sur le plan politique, chacun y trouve son compte : la majorité qui a voté le texte peut affirmer qu'il n'a pas été censuré et qu'il va être publié au Journal officiel. L'opposition relève, quant à elle, que la disposition qu'elle combattait a été dûment stigmatisée par une réserve et qu'elle avait donc raison de s'insurger.

Cet avantage «salomonique» de la réserve est diversement commenté par la doctrine française: les uns estiment que le Conseil constitutionnel est dans sa fonction pacificatrice en les émettant; d'autres considèrent qu'elles édulcorent le contrôle, courent le risque de ne pas être entendues par les juridictions ordinaires ou font jouer au Conseil un rôle de «pompiier législatif» qui n'est pas le sien.

Observons cependant que ces opinions contraires sur les réserves d'interprétation se réfèrent, elles aussi... à des considérations extra-juridiques.

\*\*\*

Je terminerais par un dernier type de considérations. Il s'agit de la prise en compte de ce qui a été jugé par d'autres cours suprêmes, nationales ou internationales.

En France, nous avons, à côté du Conseil constitutionnel, deux cours suprêmes, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat et, sur le plan européen, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes.

Les juges, à qui il appartient de dire le droit, se font plus donc nombreux. Si l'on veut que leur polyphonie ne se transforme en cacophonie, il est nécessaire qu'ils soient à l'écoute les uns des autres. C'est ce que tente de faire le Conseil constitutionnel. Avant de statuer, il vérifie si d'autres juges ont déjà répondu à la question qui lui est posée. S'il en est ainsi, il attachera le plus grand prix à ce qui a été jugé et ne s'en séparera que s'il y a une raison majeure de le faire.

Cette prise en compte pourra se traduire tantôt par un renforcement du contrôle (c'est le cas des validations législatives déjà cité), tantôt par son assouplissement (c'est le cas d'une loi récente qui crée un nouveau pavillon maritime permettant d'embaucher, dans des conditions différentes, des marins français et des marins résidant hors de France: la solution dégagée par la Cour de Karlsruhe le 10 janvier 1995 a directement inspiré celle du Conseil constitutionnel du 28 avril 2005).

## РЕЗЮМЕ

Тема доклада может удивить: как в осуществлении конституционного контроля могут иметь место внеюрисдикционные предположения? Не провозглашает ли конституционный судья право и только право? Иначе не подвергся ли бы он риску нарушения права суждения избранных представителей Нации?

Вначале можно утверждать, что конституционный контроль частично основывается на внеюрисдикционных предположениях.

Необходимо подчеркнуть, что каждый судья, каким бы он не был, должен "вырабатывать право", в особенности, чтобы заполнить пробел или молчание закона или чтобы применить его в необычной ситуации.

Я постараюсь показать, что если осуществление конституционного контроля может основываться на внеюрисдикционных предположениях, то они могут способствовать как усилению роли конституционного судьи, так и самоограничению его роли.

Диалог между законодателем и судьей на практике может иметь противоречивый эффект: он может привести как к усилению, так и ослаблению конституционного контроля.

В вопросе усиления конституционного контроля внеюрисдикционными предположениями особое место имеют нормы, применяемые Конституционным Советом. Это прежде всего учет заявлений о конституционном правосудии и учет международных договорных обязательств. В другом случае этому способствует техника, применяемая Конституционным Советом. Это касается оговорок, применяемых французским конституционным судьей в рамках контроля *a priori*, а также техники исключения неконституционности и невозможности отзыва уже поданного в Конституционный Совет заявления.

Конституционный контроль в равной мере может быть ослаблен с учетом влияния внеюрисдикционных предположений. Ослабление конституционного контроля в данном случае исходит прежде всего из механизмов самоограничения. Воля самоограничения Совета выражается в

выборе общих критериев осуществления своих компетенций и в равной мере исходит из практических соображений. Конкретные формы осуществления своих полномочий Советом могут способствовать, как и общие механизмы самоограничения, ослаблению конституционного контроля.

В заключение я бы высказал следующее предположение: речь идет об учете того, что было уже рассмотрено другими верховными судами - национальными или международными. Во Франции, наряду с Конституционным Советом, существуют Кассационный Суд и Государственный Совет, а в европейском плане - Европейский суд по правам человека и Суд европейского сообщества. Количество судей увеличилось. Если мы хотим, чтобы их полифония не превратилась бы в какофонию, необходимо, чтобы они находились в состоянии взаимного учета друг друга. Это то, что делает Конституционный Совет. Перед тем как вынести решение, он проверяет, не ответили ли уже другие судьи на заданный ему вопрос. Если это так, то он уделяет самое большое внимание тому, что уже было рассмотрено и не расстанется с этим, если на то нет основательного резона. Этот взаимный учет может воплотиться или в усилении контроля или же в его ослаблении.



# ЗАЩИТА ОСНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО СТРОЯ В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

**ВАЛЕРИЙ ЗОРЬКИН**

*Председатель Конституционного Суда  
Российской Федерации*

1. Более 10 лет Россия живет в условиях действия Конституции 1993 года, заложившей основы демократической системы реального конституционализма. Существует мнение, что конституционная демократия — это еще не результат, а только перспективная цель движения. Тем не менее, мы с полным основанием можем сегодня говорить, что основы демократического конституционного строя в стране созданы. Причем, надо учитывать, что мы начали этот процесс гораздо позже, чем в других странах. Мы строили основы единого федеративного государства в условиях взрывоопасных центробежных тенденций, вызванных последствиями распада Советского Союза. И эта опасная тенденция, которая могла уничтожить единую российскую государственность, во многом преодолена.

Когда сегодня спрашивают, что было самое опасное в прошедшее десятилетие, я без всяких колебаний отвечаю, что это была реальная опасность развала страны. Не дефолт, не все увеличивающееся социальное неравенство, не рост бедности и социальных пороков, а именно распад страны. Потому, что если все другие социальные кризисы и антисоциальные явления можно пережить, преодолеть и развернуть ситуацию вспять, то преодолеть распад государства и восстановить его в прежнем виде невозможно.

Остановить распад стало возможным только опираясь на действующую Конституцию. Поэтому в обеспечении ее стабильности, укреплении и развитии конституционного контроля за органами и учреждениями публичной власти состоит главная задача Конституционного Суда.

Конституционная юстиция в тех странах, где она существует, складывалась и развивалась под воздействием своеобразных, зачастую уникальных условий. Но нельзя не признать и того, что ей присущи некоторые общие закономерности, и задачи, перед ней встающие, имеют немало сходства.

Отдавая должное юстиции США, порождением которой в 1803 году стал институт конституционного контроля, согласимся, что именно

вторая половина XX века явилась периодом расцвета конституционного правосудия. Во многих государствах, прежде всего европейских, конец второго тысячелетия ознаменовался также бурным процессом демократизации, освобождения от тоталитарного наследия.

Для этих государств конституционный контроль стал необходимым элементом демократической системы власти и незаменимым механизмом защиты прав человека. Можно сказать, что практически все новые демократии восприняли ту или иную модель судебного конституционного контроля. И это само по себе знаменует значительный шаг человечества в сторону демократии, что является неотъемлемой чертой современных глобальных политических, экономических и социальных процессов.

В нашей стране прошедшие годы показали, насколько правильным и обоснованным было принятое в 1991 году решение об учреждении Конституционного Суда как нового для нашей страны института. С появлением Конституционного Суда Российской Федерации был создан не только действенный механизм защиты Конституции, но и по сути дела впервые появился государственный орган, способный на основе Конституции ограничивать все ветви власти рамками права. Думаю, это наш общий опыт, к которому мы пришли, сознавая, что в отсутствие судебного конституционного контроля даже самая демократическая конституция с самым широким набором прав и свобод граждан останется листком бумаги, а общество рано или поздно неминуемо столкнется со злоупотреблениями ничем не ограниченной власти.

Нашим общим опытом является и то, что становление конституционного правосудия происходило и происходит в непростых условиях. Не сразу удастся выработать оптимальную модель конституционного правосудия, не просто решаются вопросы с созданием условий для работы наших судов. В странах, где далеко не изжиты пережитки недавнего прошлого, и поныне не все государственные деятели способны воспринять необходимость активной роли органа конституционного правосудия. Находится немало законодателей, чиновников из органов исполнительной власти, даже судей, которые никак не могут привыкнуть к тому, что при решении правовых проблем надо обращаться не только к нормативным актам, но и к практике, правовым позициям Конституционного Суда. В этих решениях не только толкуется Конституция, но и нередко указывается, какое именно толкование, а следовательно, и применение законов служит неперемнным условием их соответствия Конституции.

Справедливо говорится, что Конституционный Суд — не пожарная команда, которая должна лететь с сиреной на каждый правовой пожар по первому зову. Но в то же время нельзя допускать, чтобы Конституционный Суд оказался тем органом, который всякий раз приезжает

на остывшее правовое пепелище. И здесь вновь мы сталкиваемся с проблемой уровня правосознания власти и граждан.

Конституционный Суд не имеет права рассматривать проблемы по своей собственной инициативе. В законодательстве четко прописано, что основание для их рассмотрения — запрос официальных органов государственной власти или жалоба гражданина на нарушение его конституционных прав и свобод законом, примененным в его деле. А потому многое зависит от реакции российских граждан и органов власти, как федеральной, так и региональной, по своевременной постановке перед Конституционным Судом проблем, которые относятся к сфере нашей компетенции и требуют реагирования.

Роль Конституционного Суда непосредственно относится к высшему уровню российской власти. Именно поэтому для меня и моих коллег категорически недопустима малейшая политизация нашей деятельности и решений. Однако каждый из нас хорошо сознает, что мы все находимся в единой и во многом кризисной российской реальности.

Одним из проявлений этой реальности, с которым нам приходится сталкиваться чаще всего, является социальное неравенство, подчас вопиющее. В этих условиях конституционное правосудие в Российской Федерации сосредоточивает свое внимание на недопущении ограничения равных возможностей для всех членов общества по обеспечению своей жизнедеятельности.

Имеется в виду реализация конституционного принципа «социального государства». Как известно, термин «социальное государство» — это не проявление посткоммунистической идеологии. В Конституциях Испании, ФРГ, Франции, Турции этот термин закреплен достаточно давно.

Социальное государство подразумевает проведение социальной политики, признающей за каждым членом общества право на такой уровень жизни (включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и социальное обслуживание), который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи, когда он работает, а также в случаях безработицы, болезни, инвалидности, старости, вдовства.

Можно ли с этих позиций назвать многие государства, в том числе и Россию, социальными? С полной ответственностью можно заявить, что пока нет. Процессы глобализации богатые страны сделали еще богаче, бедные еще беднее. К последним относятся и страны так называемого «переходного периода», в том числе и Россия.

По данным социологов, пятая часть населения нашей страны находится сейчас в зоне бедности. Чувствительность к этому вопросу демонстрируют не только те группы населения, которые находятся непосредственно в «зоне бедности», но и немалое число россиян, которые

по самооценкам относят себя к средним слоям, но вынуждены, тем не менее, прилагать огромные усилия для сохранения более-менее приемлемого уровня жизни.

Особенно остро эти вопросы встали в конце 2004 года, когда началась реализация нового законодательства о монетизации льгот.

Задачи преодоления бедности и роста благосостояния граждан россияне ставят выше, чем задачи экономического подъема и роста производства, хотя ясно, что они взаимосвязаны. Тем не менее, без успеха реформ в социальной сфере, включая полномасштабную реформу системы заработной платы, эти задачи решить не удастся.

Следующий вывод социологов касается отношения опрошенных к социальной роли государства. В обществе, говорят ученые, зафиксирована острая потребность в «возвращении» государства, особенно в те сферы, откуда оно в 90-е годы фактически ушло, но где оно жизненно необходимо (культура, наука, образование, общественная мораль, защита старости и детства, личная безопасность граждан, повышение уровня медицинского обслуживания, улучшение качества и повышение доступности образования, жилищных условий россиян, создание рынка доступного жилья). Это свидетельство не только того, что внимание государства к социальным проблемам в последние годы ослабло, но и того, что само «социальное бремя» распределяется далеко не равномерно.

Сложившееся неравенство возможностей, с которым российские люди не будут мириться, создает базу для нестабильности.

Думаю, что можно и нужно принцип «социального государства» обеспечивать правовым путем, в том числе и с помощью законодательных ограничений на проведение таких социально-экономических реформ, которые нарушают конституционные права и свободы граждан.

Мы понимаем, что здесь нет простых, сиюминутных решений. Право должно действовать тогда, когда просчитан социально-экономический эффект, когда прогноз последствий тех или иных изменений будет работать не на увеличение неравенства, а на его заметное (заметное для простых граждан) сокращение. Вопрос о праве и социальной справедливости, как главных принципах правовой трансформации российского общества, и здесь, в сфере экономики, оказывается проблемой, которую придется решать при помощи сложных и далеко не прямолинейных компромиссов и последовательных приближений.

Весомая роль принадлежит здесь и Конституционному Суду, который контролирует конституционную точность и конкретность правовых норм, которые лежат в основе соответствующих решений правоприменителей, включая суды, что необходимо для того, чтобы участники



соответствующих правоотношений могли в разумных пределах предвидеть последствия своего поведения и быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, приобретенных прав, действительности их государственной защиты.

Согласно правовым позициям, сформулированным Конституционным Судом, придание обратной силы закону, ухудшающему положение граждан и означающему, по существу, отмену для этих лиц права, приобретенного ими в соответствии с ранее действовавшим законодательством и реализуемого ими в конкретных правоотношениях, несовместимо с положениями статей 1 (часть 1), 2, 18, 54 (часть 1), 55 (часть 2) и 56 Конституции, поскольку, по смыслу указанных конституционных положений, изменение законодателем ранее установленных условий должно осуществляться таким образом, чтобы соблюдался принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, который предполагает сохранение разумной стабильности правового регулирования и недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм, а также - в случае необходимости - предоставление гражданам возможности (в частности, посредством установления временного регулирования) в течение некоторого переходного периода адаптироваться к вносимым изменениям. С этим связаны законные ожидания граждан, что приобретенное ими на основе действующего законодательства право будет уважаться властями и будет реализовано.

На этом направлении своей деятельности, как, впрочем, и на других, Конституционный Суд Российской Федерации постоянно обращается к мировому правовому опыту. В распоряжении Суда есть эффективный инструмент - положение Конституции о том, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

2. Практикой для Конституционного Суда РФ с самого начала его деятельности стал такой подход, когда нормы и принципы международного права используются в качестве эталона, сообразуясь с которым внутри государства осуществляются права и свободы человека, закрепленные Конституцией. Суд не только привлекает международно-правовую аргументацию в качестве дополнительного довода в пользу своей позиции, выработанной на основе Конституции, но и использует ее для разъяснения смысла и значения конституционного текста.

Конституционный Суд РФ, вырабатывая с применением международно-правовых аргументов правовые позиции, носящие общий характер

и обязательные для судов, других государственных органов и должностных лиц, на практике реализует конституционное положение о принадлежности международно-правовых принципов и норм к российской правовой системе. Придавая своему решению дополнительный вес за счет международного права, Конституционный Суд демонстрирует, что считает международное право важным критерием, которому должно соответствовать законодательство и практика судов. Нередко Конституционный Суд дает подсказки законодателю, судам, гражданам в отношении применения международного права при совершенствовании законодательства, решении дел, отстаивании собственных прав.

Конституция РФ не определяет понятия «общепризнанные принципы и нормы международного права», не указывает источников таких принципов и норм, не предоставляет средств и методов для их выявления и установления их содержания. Такая недосказанность Конституции РФ в отношении способов установления общепризнанных принципов и норм международного права была в свое время отчасти восполнена Верховным Судом, поддержанным Конституционным Судом. По мнению двух высших российских судебных органов, источником закрепления общепризнанных принципов и норм международного права для целей их применения судами являются «международные пакты, конвенции и иные документы» или «международные акты».

Сказанное не означает, что общепризнанным принципам и нормам международного права, не закрепленным в указанных источниках, закрыт путь в российскую правовую систему, просто они не будут иметь приоритета перед правилами национального закона, каким обладает международный договор Российской Федерации.

Конституция РФ не предусматривает полной подчиненности российского закона верховенству юридической силы международного договора. Не соответствующие договору положения национального закона, полностью сохраняя свою правовую силу, лишь не применяются в конкретном деле. Иными словами, договор не отменяет национальный закон, он имеет приоритет над нормой закона в сфере применения. Скажу более: на мой личный взгляд, приоритетность применения международного договора, допускающего уменьшение прав и свобод человека и гражданина по сравнению с теми, которые предоставляет национальный закон, может быть поставлена под сомнение.

Конституция РФ устанавливает достаточно жесткие рамки, в которых может осуществляться норма о приоритете применения международного договора. В случае коллизии между нормами договора и Конституцией безусловным верховенством будет пользоваться последняя. Если же Конституционный Суд выявит несоответствие Конституции не вступившего в силу международного договора, то он не только не обретает преимущества по отношению к национальному закону, но и не подлежит применению.

В этом можно усмотреть некоторую защитную функцию, выполняемую Конституцией. Правовая система, находящаяся в состоянии становления, сменившая систему, долгое время остававшуюся в самоизоляции, должна прочно встать на ноги, чтобы гармонично и без угрозы губительной деформации воспринимать новые международно-правовые веяния, пусть даже самые прогрессивные.

3. Как известно, современное конституционное устройство государств и политическое устройство мира по существу сложилось после подписания Вестфальских договоров в 1648 году и основывается на институте государства в качестве своей основной структурной единицы. Основы этой системы составляет суверенитет государства.

Согласно правовой позиции, сформулированной Конституционным Судом Российской Федерации, суверенитет Российской Федерации как демократического федеративного правового государства, распространяющийся на всю ее территорию, закреплен Конституцией Российской Федерации в качестве одной из основ конституционного строя (статья 4, часть 1). Носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации, согласно Конституции, является ее многонациональный народ (статья 3, часть 1), который, сохраняя исторически сложившееся государственное единство, исходя из общепризнанных принципов равноправия и самоопределения народов и возрождая суверенную государственность России, принял Конституцию Российской Федерации (преамбула).

Суверенитет, предполагающий, по смыслу статей 3, 4, 5, 67 и 79 Конституции Российской Федерации, верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти, полноту законодательной, исполнительной и судебной власти государства на его территории и независимость в международном общении, представляет собой необходимый качественный признак Российской Федерации как государства, характеризующий ее конституционно-правовой статус.

Конституция Российской Федерации не допускает какого-либо иного носителя суверенитета и источника власти, помимо многонационального народа России, и, следовательно, не предполагает какого-либо иного государственного суверенитета, помимо суверенитета Российской Федерации. Суверенитет Российской Федерации, в силу Конституции, исключает существование двух уровней суверенных властей, находящихся в единой системе государственной власти, которые обладали бы верховенством и независимостью, т.е. не допускает суверенитета ни республик, ни иных субъектов Российской Федерации.

Конституция связывает суверенитет Российской Федерации, ее конституционно-правовой статус и полномочия, а также конституционно-правовой статус и полномочия республик, находящихся в составе Рос-

сийской Федерации, не с их волеизъявлением в порядке договора, а с волеизъявлением многонационального российского народа — носителя и единственного источника власти в Российской Федерации, который, реализуя принцип равноправия и самоопределения народов, конституировал возрожденную суверенную государственность России как исторически сложившееся государственное единство в ее настоящем федеративном устройстве.

Содержащееся в Конституции Российской Федерации решение вопроса о суверенитете предопределяет характер федеративного устройства, исторически обусловленного тем, что субъекты Российской Федерации не обладают суверенитетом, который изначально принадлежит Российской Федерации в целом. По смыслу преамбулы, статей 3, 4, 5, 15 (часть 1), 65 (часть 1), 66 и 71 (пункт «б») Конституции Российской Федерации в их взаимосвязи, республики как субъекты Российской Федерации не имеют статуса суверенного государства и решить этот вопрос иначе в своих конституциях они не могут, а потому не вправе наделить себя свойствами суверенного государства, — даже при условии, что их суверенитет признавался бы ограниченным.

С точки зрения российской Конституции ее верховенство как проявление суверенитета государства вовсе не оставляет на полное усмотрение государства осуществление им верховной власти на своей территории. Суверенитет государства осуществляется в рамках, установленных общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами. Они ограничивают волеизъявление и свободу действий государства, что отвечает интересам как субъектов международного общения, так и субъектов, находящихся под юрисдикцией самого суверена.

Суверенное государство не может быть связано раз и навсегда данными принципами и нормами международного права. Принципы и нормы, включая *jus cogens*, могут со временем изменяться, наполняться новым содержанием, и даже исчезать. Российская Конституция заключает в себе механизм, позволяющий вводить в отечественную правовую систему новые принципы и нормы, равно как и международные договоры по мере их возникновения, а также обновлять существующие — по мере их развития.

Мне уже приходилось высказываться о том, что Вестфальская система ныне не просто ставится под сомнение, но подвергается планомерному разрушительному воздействию. Одно направление атак на нее связано с противопоставлением прав человека и права народа на самоопределение принципам государственного суверенитета и территориальной целостности. Второе — с обвинением национальных государств в неспособности обеспечить эффективное управление в условиях глобализации. Как ни странно это прозвучит в кругу юристов,

инструментом этих атак порой являются и международные соглашения, в рамках которых значительные объемы прав, присущих суверенному государству, делегируются наднациональным органам или частям государства.

Надо сказать, что и ООН разрывается между жесткой вестфальской интерпретацией государственного суверенитета и возрастающим влиянием международного гуманитарного права и прав человека, которые ограничивают власть государственных лидеров над гражданами их стран.

Все это - очень неоднозначная тенденция. Она может быть опасна потому, что в ней конкретные политические понятия государств и границ вытесняются юридически неопределенными, не имеющими опоры ни в каком праве, географическими и социально-экономическими терминами.

Очевидно, что все мы уже необратимо втянуты в процесс «глобализации», и нам необходимо не выпасть из глобального мира, но упрочить установившиеся с ним взаимовыгодные отношения открытости. Но при этом нужно точно понимать связанный с открытостью риск. Риск раствориться в этом далеко еще не определившемся мире. Риск вобрать в себя и воспроизвести на собственной территории наступающий на мировую политическую системы неправовой хаос.

И потому именно сейчас от сообществ специалистов по международному и конституционному праву требуется объединение усилий для проведения всеобъемлющего анализа современного содержания суверенитета государства. Такой анализ должен предельно учитывать все императивы либеральной демократии и одновременно обеспечивать учет всех компонентов сильной и правовой - именно правовой - власти. Именно сейчас от этого в высокой степени зависит сохранение и укрепление субъектности суверенных государств во всех ее измерениях - политическом, экономическом, социальном.

## SUMMARY

For over a decade Russia has had the Constitution of 1993 which established a basis for a democratic system of real constitutionalism. There is a point of view according to which the constitutional democracy is not a result but a perspective objective of development. Nevertheless, we have a good reason to say that the foundation of a democratic constitutional order has been laid down. And it is important to take into consideration that we have started this process much later than other countries. We have been building the foundation of a unified federated state in conditions of the explosive centrifugal tendencies caused by the consequences of the dissolution of the Soviet Union. And this most dangerous tendency, which could destroy the solid Russian statehood, has largely been overcome.

It was possible to bring to rest the process of dissolution of the state solely through reliance on the current Constitution. Therefore the grand challenge of the Constitutional Court is to ensure its stability, to strengthen and develop the constitutional control over bodies and institutions of public authority.

Constitutional justice in the countries where it exists has been formed and developing under the influence of the specific, sometimes unique conditions. One cannot but admit that it has some common features as well as similar raising tasks.

Recognizing the merits of the USA justice that gave birth to the constitutional control institute in 1803, we may agree that it is a second half of 20<sup>th</sup> century that became the period of growth of constitutional justice. The end of second millennium for many states, especially the European ones, was also marked by a rapid process of democratization and release from totalitarian heritage.

For those states constitutional control became a necessary element of a democratic system of power and an indispensable institution intended for human rights protection. It is possible to say that almost all new democracies have accepted one or another model of judicial constitutional control. And this is a considerable step made by humanity towards democracy, that is a necessary feature of the modern global political, economic and social processes.

The recent years have shown that in our country the decision taken in 1991 to establish the Constitutional Court as a new institution in Russia was really right and well-grounded.

Our common experience has proved as well that constitutional justice has emerged in the difficult conditions. It is not easy to work out at once an optimal model of constitutional justice, it is not easy to create the optimal working conditions for our courts. An example of the countries which that have not totally overcome survivals of the recent totalitarian past shows that some public figures are not able to accept a crucial active role of a constitutional justice body. Quite a number of officials in legislature, executive and even judiciary can in no way get used to resolving legal problems taking into consideration legal positions of the Constitutional Court, not only normative acts. By virtue of its decisions the Constitutional Court not only offers the interpretation of the Constitution but often indicates the proper interpretation of laws hence the way they are to be applied so that they would comply with the constitutional provisions.

The notion of a social state implies conducting social policy recognizing that each member of the society is entitled to the right to a standard of living which is necessary for maintaining health and welfare both for him or her and his or her family, when he or she is employed, and also in case of unemployment, illness, physical inability, old age, widowhood.

Data obtained through the sociological research proves that one fifth of the population of Russia survives on the poverty line. This is a sensitive issue not only

for those groups of the population, which ended up on that “poverty line”, but also for considerable numbers of Russians, who by their own estimates belong to middle class, but are forced, nevertheless, to apply huge efforts to maintain a more or less acceptable standard of living.

The problem has become quite acute by the end of 2004, when the new legislation on monetization of social benefits has begun to be applied.

Russians tend to prioritize the need to overcome poverty and to achieve the rise in the living standards over the task of achieving the economic production growth although that both are interconnected. Nevertheless, a successful reform in the social sphere, including a comprehensive reform of the system of wages, remains a prerequisite to solution of the poverty problem.

The principle of the “social state” may and ought to be ensured through a legal way, including by adopting legislative restraints on conducting such socio-economic reforms that violate the constitutional rights and freedoms of citizens.

Law should take over when the socio-economic effects have been calculated, when the forecast of consequences of those or other changes will not lead to increased inequality, but rather to its appreciable (that is, appreciable for common citizens) reduction. The issue of law and social justice, as the main principles of legal transformation of the Russian society, in economic sphere, too, appears by a problem, which will have to be solved through the complex and not forthright compromises and consecutive approaches.

A ponderable role belongs in this respect to the Constitutional Court, which controls the constitutional precision and specificity of the legal norms, which underlie the respective decisions of law-applying bodies, including courts. That is a prerequisite to be met so that the participants of respective legal relationships could reasonably anticipate the consequences of their behavior and be assured of permanence of their officially recognized status, of acquired rights, effectiveness of their state protection.

In this area of its activity as well as in the others the Constitutional Court of Russia always turns to the world legal experience. The Court has in its disposition an effective instrument - the constitutional provision stipulating that “universally recognized principles and norms of international law as well as international treaties of the Russian Federation shall be an integral part of its legal system. If an international agreement of the Russian Federation establishes rules which differ from those stipulated by law, then the rules of an international agreement shall apply”.

From the very outset the Constitutional Court leaned on the generally recognized principles and norms of international law applying them as a standard according to which human and citizen’s rights and freedoms enshrined in the Constitution are exercised in the state. The Constitutional Court not merely appeals to international legal argumentation as an additional reason in support

of its legal positions, but uses it both for interpretation of the sense and meaning of the constitutional text and to disclose the constitutional legal sense of the provision under review.

The Constitutional Court works out its legal positions applying international law arguments. Through these positions that are of common effect and are mandatory for courts, other state bodies and officials, the Constitutional Court executes the constitutional regulation of integration of international legal principles and norms into the Russian legal system. Adding weight to its decisions by means of international legal arguments the Constitutional Court underlines the high importance of international law as a criterion that ought to be met by legislation and legal practice. Sometimes the Constitutional Court suggests to law-makers, courts, citizens how to apply international law principles in order to improve legislation, decision-making, protection of rights and freedoms.

The Constitution does not provide for an absolute subordination of the Russian law to international law. The national law provisions which are inconsistent with an international treaty do not lose their legal force, but are not to be applied in a particular case.

The preconditions of action of the Constitution norm setting out an international treaty priority are strictly determined by the Constitution itself. In case of any conflict between treaty provisions and those of the Constitution the latter would have an unconditional priority. Should the Constitutional Court establish an incompatibility between an international treaty and the Constitution, not only would the former not enjoy priority over a domestic law, but it not be applied at all.

This may be considered as a protective function of the Constitution. A developing legal system that replaced a system that had kept itself in isolation for a long period of time, needs time to mature to harmoniously accept new international legal trends in full measure and without a threat of deformation, even if these are the most progressive trends.

According to legal positions formulated by the Constitutional Court, the sovereignty of Russian Federation as a democratic federative law-governed state that covers all of its territory, is ensured by the Constitution of the Russian Federation as one of the fundamentals of its constitutional order (article 4 (1)). The bearer of the sovereignty and sole source of power in the Russian Federation, according to the Constitution of the Russian Federation, is her multinational people (article 3 (1)), who, by preserving the historically established state unity and proceeding from universally acknowledged principles of equality and self-determination of peoples, has adopted the Constitution of the Russian Federation (Preamble).

The sovereignty that according to the meaning of articles 3, 4, 5, 67 and 79 of the Constitution of the Russian Federation, provides for the supremacy, independence and autonomy of the state power, full legislative, executive and judicial power of the state in its territory and the independence in the international



intercourse, represents the essential qualitative feature of the Russian Federation as a state characterizing its constitutional-legal status.

The solution of the problem of sovereignty that is offered by the Constitution of the Russian Federation predetermines the nature of the federative composition that is historically predetermined as envisaging the sovereignty of the Russian Federation as a whole, rather than that of its constituent entities. By virtue of the interconnected provisions of the Constitution (Preamble, articles 3, 4, 5, 15(1), 65(1), 66 and 71(b)) republics as the subjects of the Federation are not the bearers of the sovereign state status and are not entitled to provide for this right in their constitutions and to endow themselves with the features of the sovereign state, even if such sovereignty has been considered as restricted.

The supremacy of the Russian Constitution as a feature of state sovereignty should not be understood as an absolute discretion for the state to exercise the supreme power at its territory. State sovereignty is limited by universally recognized principles and norms of international law which restrict the will and freedom of action of a state, and such restriction meets the interests of both the subjects of international intercourse and those under the jurisdiction of a sovereign.

That is the reason for communities of international and constitutional law specialists to consolidate their efforts in a way to analyze in detail a contemporary notion of state sovereignty. This analysis should include all the liberal democracy imperatives and take into consideration elements of strong and law-based - especially law-based - powers. It is now the main condition of conservation and consolidation of sovereign state status in all its dimensions - political, economic and social as well.



# THE REVIEW OF THE REFORM LEGISLATION IN PROCEEDINGS BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE SLOVAK REPUBLIC

**JÁN MAZÁK**

*President of the*

*Constitutional Court of the Slovak Republic*

## **I.**

The Act on the Constitutional Court (Act No. 38/1993 Coll. in its valid version) specifies who is authorized to initiate proceedings on the conformity of legal regulations: the cited provision includes only subjects defined in Art 130 (1 a) - e) of the Constitution. The Constitutional Court commences proceedings if the motion is submitted by:

- a) At least one-fifth of all Members of Parliament,
- b) The President of the Slovak Republic,
- c) The Government of the Slovak Republic,
- d) A court,
- e) The Attorney General.

Private persons have no legitimation on submitting an application concerning the conformity between ordinary law and the Constitution or international treaties or agreements.

In my presentation I will focus only on the capacity of a group of Members of Parliament asking the Constitutional court whether a particular piece of ordinary law is, or is not in compliance with the Constitution, or international treaties or agreements.

## **II.**

The right of group of Members of Parliament to submit an application on the conformity between ordinary law and the Constitution should be used for a parliamentary minority or opposition political parties or movements. Through this legitimation the opposition has got the opportunity to participate in the legislative process despite the fact that inside the Parliament it was not able to uphold its ideas during the law-making process. However, it is valid, provided the coalition has the majority in the Parliament and the Government is not a so

called minority government. This allows the opposition of being, although after passing a law in question, a part of the relevant political power deciding on the quality and quantity of legal norms passed by the Parliament. A submission on the compliance between ordinary law (its part or a particular provision) transfers the political conflict from the Parliament to the proceedings before the Constitutional Court where the opposition can act relatively independently from the opinion and the power of the majority votes.

Usually, the opposition brings an application on the conformity between the law and the Constitution to the Constitutional Court mainly in the situations in which it has failed to oppose the reform legislation, or to persuade the majority within the Parliament on its amendments to the draft legislation. During the short history of the constitutional judiciary in Slovakia, notably in the first term of the Constitutional Court (1993-2000), the political minority inside the Parliament used the capacity to transmit the political struggle from the parliamentary scene to the Constitutional Court because of unwillingness of the majority to accept some of the elementary principles of the Rule of law.

Hence the Constitutional Court had to decide on non-conformity between several ordinary laws and the Constitution which involved the reforms of legal order or economic order including social tasks, the new system of the health care and pensions. There are some examples of these landmark decisions.

### III.

In its first term (1993-2000) the Constitutional Court stipulated that the Parliament had no capacity to annul the decisions on the privatisation passed by the former Government. At the same time it decided that the Parliament couldn't substitute the competences belonging to the Government and judiciary (see case PL. ÚS 16/95). In its finding regarding the possibility to create investigatory committees within the Parliament the Constitutional Court stressed that such committees were in contrary with the position of the National Council because creating them it would mean the overrun its constitutional competence. Such a procedure of the Parliament would be in contrary with the rule of law and the division of powers including the system of checks and balances (case PL. ÚS 29/95).

### IV.

**In the second term of office** of the Constitutional Court during which several reforms took place mainly in medical care, education and social sphere various submissions have been filed on commencement of proceedings on conformity of laws introducing these reforms to the legal order. As a typical representative of the Constitutional Court decisions could be presented the delicate issue of rendering payable the medical services not connected with the medical care. The

second example could be the issue of the discrimination of students in relation to performing some works.

1. The Constitutional Court decision on the constitutionality of the fees connected with providing medical care (PL. ÚS 38/03) was initiated in 2003 by the group of oppositional and independent Members of the Parliament. The Constitutional Court arrived at conclusions that introducing fees on services in medical care contradicts to the Article 40 of the Constitution.

According to Art. 40 of the Constitution everyone shall have the right to protection of his or her health. The citizens shall have the right to free health care and medical equipment for disabilities on the basis of medical insurance under the terms to be laid down by a law.

Under the Constitutional Court opinion the legislator has kept the regulation of the conditions of providing free medical care on the basis of the medical insurance to the law. The legislator has reduced the extent of the provided medical care, however, pursuant to the Constitutional Court opinion, it has done it in an unconstitutional way. The Constitutional Court said: „The Constitution provides space for rendering payable of some parts of the provided medical care which oversteps the extent and content of the medical care provided under medical insurance. It involves also some operations and activities which, although closely connected with the medical care provided under medical insurance, however, they do not make its immediate component part. “ Thus the Constitution guarantees only the right to free medical care provided on the basis of the medical insurance while the law can empower to regulation of the conditions of providing medical care, i.e. to real implementation of the content of this fundamental right.

From the above standpoint of the Court it follows that the specific conditions (extent, content) of providing free medical care on the basis of the medical insurance depends on the majority of the Parliament. The reasoning of the decision at the same time shows that the legislator’s considerations are limited by (potential) review of the Constitutional Court. This Court reviews whether the legislator has not created real obstacles to the citizens’ access to their fundamental right, or whether the paid medical services can be separable from the medical care provided free of charge.

2. After the adoption of the new Labour Code (2001) the Constitutional Court has decided (case PL. ÚS 10/02) on the compliance between the provision enabling students to have a part-time job, or to be a team worker and the constitutional principle of equality that according to the group of Members of Parliament has been breached in favour of students in comparison with others.

Under the Constitutional Court opinion the criterion of proportionality relates to regulations which give preference to certain group of citizens. The Constitutional Court claimed that a legal regulation giving preference to a cer-

tain group of persons following from its characteristic as such couldn't be considered a regulation which violates the principle of equality. The legislator has to consider whether there is a reason for preferring some groups, what is the aim of preference, and whether there is a proportional relation between this aim and the preference stipulated in the law. The Constitutional Court expressed its opinion that in the field of economic, social, cultural and minority rights such preferences in the limits of proportionality are acceptable, and sometimes also necessary in order to remove natural inequalities between different groups of people. It is proved in our Constitution also which in case of some fundamental rights directly presupposes preference of some groups of natural persons (women, juveniles, handicapped) and gives a constitutional basis to such preference. Finally the Constitutional Court arrived at conclusion that preferring certain groups of natural persons against some other natural persons in form of special legal regulation because of their specific, often disadvantageous characteristics is not a discrimination of the other natural persons, but contrariwise it is a guarantee of the constitutional principle of equality. The Constitutional Court presented this way its vision and limits of the endeavour at so called real, it is to say, not only formal equality.

## V.

The above and some other similar cases were however criticized. It must be said that the Constitutional Court in its proceedings on conformity of legal regulations considered to be the „treasure“ of its competencies has concentrated on the interpretation of the Constitution. The only evaluative criterion was finally whether the challenged law, its part, or different provisions were in conformity with the marked provisions of the Constitution of the Slovak Republic. The above statement has been proved not only through the statistics showing that the Constitutional Court has cancelled some reform enactments while some others were kept as a part of the valid legal order, but also through the fact that besides some angry statements heard from some politicians there were no serious opponents-specialists in Slovakia in relation to the Constitutional Court findings rendered in cases of the mentioned reform laws. This is a clear proof that the proceedings on the conformity of legal regulations have achieved their goal regardless of the fact whether they referred to the reform laws or some other enactments passed in the Slovak Republic.

## РЕЗЮМЕ

В Парламенте парламентское меньшинство, оппозиция, политические движения имеют право обращения в Конституционный Суд по вопросу соответствия действующего закона Конституции. Благодаря этому закону оппозиция приобрела право участвовать в законодательном процессе, несмотря на то, что в Парламенте их мнения не получили одобрения.

На протяжении недолгого существования конституционного правосудия Словакии в период первого срока Конституционного Суда (1993-2000) парламентское меньшинство использовало эту возможность для переноса политической борьбы из Парламента в Конституционный Суд, так как большинство не желало признать принцип верховенства закона.

В течение первого срока (1993-2000) Конституционный Суд установил, что Парламент не имеет права аннулировать решение о приватизации, принятое предыдущим Правительством. В то же время Суд решил, что не может взять на себя обязанности Правительства и судебной власти. В своих позициях относительно возможности создания парламентской Комиссии по расследованию Конституционный Суд отметил, что такие Комиссии могут противоречить позициям Национального Совета, потому что их создание означало бы превышение конституционных полномочий. Такая процедура противоречит принципу верховенства права и разделению властей, включающим систему сдержек и противовесов.

В период второго срока Конституционного Суда, когда были приняты некоторые решения относительно реформ здравоохранения, образования и социальной сферы началось рассмотрение дел о соответствии реформ Конституции. Решения Конституционного Суда могут стать предметом обсуждений, так как, платные медицинские услуги не связаны с предоставляемым населению медицинским обслуживанием.



# ЗНАЧЕНИЕ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ДЛЯ НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА

**ДЖОНИ ХЕЦУРИАНИ**

*Председатель Конституционного Суда Грузии*

Уважаемый Председатель!

Уважаемые коллеги!

Прежде всего я благодарю Конституционный Суд Республики Армения за организацию этой конференции, посвященной 10-летию принятия Конституции Республики Армения и формированию Конституционного Суда. Поздравляем весь состав Конституционного Суда с этим юбилеем, желаем дальнейших успехов и надеемся, что сотрудничество между конституционными судами наших государств будет и впредь интересным и плодотворным.

В моем докладе я затрону роль прецедентного права Европейского суда по правам человека в национальном праве, а также формы, основания и значение его применения судами и, в особенности, Конституционным Судом Грузии.

Страсбургский суд по правам человека - основной и центральный орган в системе Евроконвенции. Действительно, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод возлагает обязательство по исполнению решений суда только на государства - участники процесса, независимо от этого она устанавливает те общие правовые стандарты, которые в дальнейшем осуществляются посредством правовых систем договаривающихся государств. Указанные стандарты оказывают достаточно сильное влияние на формирование национального права и судебной практики. Этим обусловлено то, что с течением времени Европейский суд по правам человека через свою практику стал весьма тесно связан с правовыми системами государств - членов Совета Европы.

Необходимо отметить, что Европейский суд по правам человека рассматривает высшие национальные суды в качестве значительного механизма защиты прав человека. Еще в своих первых решениях суд признал т.н. субсидиарный характер конвенционной системы защиты прав человека. Субсидиарность конвенционного механизма защиты прав человека означает, что защита предусмотренных Конвенцией прав начинается на внутригосударственном - национальном уровне.

Поэтому Страсбургский суд по делу *Ирландия против Соединенного Королевства* отметил, что признание Евроконвенции частью национального законодательства - особенно эффективное средство выполнения вытекающих из Конвенции обязательств.

Государства-участники в различных формах признали Конвенцию частью национального законодательства. Некоторые из них, соответствующим законодательным актом, а некоторые - судебной практикой. Подобно другим европейским государствам, Грузия тоже признала Конвенцию частью своего законодательства. Отсюда следует, что любое физическое или юридическое лицо, выступая перед грузинскими судами или административными органами, может опираться на положения Евроконвенции и на их основании доказывать нарушение собственных прав.

Здесь же необходимо отметить, что инициатива применения Конвенции при рассмотрении дела может исходить также и со стороны самого суда. Суд как арбитр может опираться на нормативный акт, на который ни одна из сторон процесса не ссылается. Вместе с тем необходимо учесть и то, что если эффективная защита права требует применения Конвенции, на которую стороны не ссылаются, суд в определенной мере даже обязан применить этот международный акт.

Применение Европейской конвенции национальными судами тесно связано с вопросом обоснования судебных решений на основании положений Евроконвенции. Следует заметить, что степень обоснованности судебного решения зависит от судьи и исходя из этого она индивидуальна. При этом отсутствуют какие-либо формальные требования, точно определяющие стандарты обоснования. Несмотря на это, обязательство обоснования судебных решений прямо предусматривается соответствующим законодательством Грузии. Нужно учитывать и то, что требование мотивировки и обоснования судебных решений вытекает не только из соответствующих актов, регулирующих судопроизводство, но из общих принципов права и природы справедливого судебного разбирательства. Страсбургский суд по делу *Ван де Гурк против Нидерландов*, исходя из пункта первого статьи 6 Конвенции, обязал суды участвующих в процессе государств мотивировать свои решения.

Таким образом, можно отметить, что в случае, когда национальный суд считает необходимым применить Евроконвенцию для разрешения конкретного дела, он соответственно обязан обосновать свою мотивацию на основании правильного толкования конвенционных положений.

Толкование конвенционных положений с учетом объекта и целей Конвенции требует более творческого подхода к ее тексту, нежели установления лексического значения того или иного термина.

Поэтому эффективность применения Евроконвенции для разрешения дел национальными судами в значительной степени зависит от того, в



какой мере признают и применяют они прецеденты Страсбургского суда как надзорного органа Конвенции, дающего авторитетное толкование ее положений.

Конституционный Суд Грузии часто применяет Евроконвенцию и практику Страсбургского суда для уточнения и эффективного разъяснения норм конкретного права. Конституционный Суд Грузии по делу *Граждане Грузии А. Мепаригзе и другие против Парламента Грузии* применил стандарты Страсбургского суда при разъяснении права собственности, защищенного Конституцией Грузии. Исходя из статьи первой Первого дополнительного Протокола к Европейской конвенции, толкование которой было дано Страсбургским судом, Конституционный Суд отметил, что право собственности лица не может ограничивать право государства контролировать пользование собственностью "в соответствии с общими интересами", и установил пределы конституционной защиты собственности, которые содержались в Конституции Грузии в виде нормы общего характера. Конституционный Суд в упомянутом деле применил предусмотренную Конвенцией т. н. "доктрину пределов свободной оценки" прав. Европейский суд по правам человека неоднократно отмечал, что в связи с защитой прав государства-участники имеют возможность определять "пределы свободной оценки". В частности, государства обладают определенной свободой устанавливать ограничения прав и свобод человека, исходя из интересов государства, а также с учетом его традиций и культурного своеобразия. В данном случае Конституционный Суд Грузии сослался на решение Страсбургского суда по делу *Раймондо против Италии*. В указанном решении Страсбургский суд заявил, что в борьбе с мафией, исходя из общих интересов Италии, общих устремлений ее народа, превентивная конфискация, направленная на ограничение оборота финансовых средств предполагаемых членов мафиозных группировок, является одним из эффективных средств борьбы с данным преступлением, что в свою очередь полностью соответствует целям Конвенции. Конституционный Суд Грузии использовал упомянутый стандарт Страсбургского суда и счел, что в борьбе с коррупцией, исходя из общегосударственных интересов и общих законных целей, безвозмездное изъятие необоснованного имущества у лица, обвиняемого в совершении данного преступления, соответствовало как целям Конституции Грузии, так и Конвенции. Необходимо учитывать и то обстоятельство, что Конституционный Суд в том же деле применил установленный страсбургским прецедентным правом принцип т. н. "пропорциональности" ("соразмерности"). В частности, исходя из вышеуказанной законной цели, средства, использованные государством для лишения необоснованного имущества, Суд счел пропорциональными этой же цели и не подтвердил нарушения права собственности, защищенного статьей 21 Конституции Грузии.

Следует также отметить, что применение Конституционным Судом Грузии в данном конкретном деле прецедентов Европейского суда по правам человека было обусловлено общим содержанием статьи 21 Конституции Грузии, что, в свою очередь, не давало достаточных оснований для разрешения данного дела в Конституционном Суде.

С точки зрения применения Евровокенции и прецедентов Европейского суда по правам человека, весьма интересно также решение Конституционного Суда Грузии по делу *ООО "Унисервис" против Парламента Грузии*. В указанном деле истцом - компанией "Унисервис" оспаривались нормы Уголовно-процессуального кодекса Грузии, которые на этапе предварительного следствия лишали соответствующее лицо возможности обжаловать решение суда о производстве обыска и изъятии. Следует отметить, что в статье 42 Конституции Грузии в общем говорится о праве лица обращаться в суд за защитой своих прав. Вопрос был поставлен перед Конституционным Судом следующим образом: в частности, содержит ли соответствующее конституционное положение также право обжаловать судебное решение и насколько должно распространяться действие статьи 42 Конституции и статьи 6 Евровокенции на ход предварительного следствия, поскольку ими оговариваются условия непосредственно судебного рассмотрения. Конституционный Суд Грузии руководствовался принципами распространительного и эффективного толкования прав. Он сослался на решение Европейского суда по делу *Делькур против Бельгии*, в котором Страсбургский суд заявил, что "право на справедливое осуществление правосудия, исходя из Конвенции занимает, столь важное место в демократическом обществе, что ограничительное толкование статьи 6 не соответствовало бы целям и задачам ее положений". Исходя из указанного стандарта Страсбургского суда, Конституционный Суд счел, что в данном случае имело место нарушение права компании "Унисервис", которое вытекало из статьи 42 Конституции Грузии, так как, согласно распространительному толкованию данной конституционной нормы, каждое лицо, обжалуя судебное решение, "реализует" свое право обращаться в суд за защитой своих прав.

Что же касается вопроса, должно ли распространяться действие права обращаться в суд и права на справедливое судебное разбирательство дела также на этап предварительного следствия, Конституционный Суд применил при его решении стандарт Европейского суда по правам человека и отметил, что гарантии статьи 6 Евровокенции распространяются не только на разбирательство дела в суде, но и на предшествующий и последующие его этапы.

Конституционный Суд Грузии применил предусмотренные Конституцией Грузии и Евровокенцией стандарты, связанные с рассмотрением уголовных дел, в отношении юридического лица. В обоснование

данного решения Конституционный Суд сослался на последнее решение Европейского суда по делу *ООО Марфа Зееланг и ООО «Сталеплавильное обслуживание» против Нидерландов*. В компаниях-заявителях, так же, как и в случае с компанией "Унисервис", в ходе обыска были изъяты финансовые документы. Указанные компании оспаривали нарушение применительно к ним стандартов уголовного производства, предусмотренных статьей 6 Евроконвенции, и, соответственно Европейский суд определением от 6 апреля 2004 года принял их жалобы к рассмотрению по существу, то есть счел, что установленные Конвенцией стандарты уголовного производства могут распространяться также на юридических лиц.

Таким образом, все вышеуказанное подтверждает роль и значение прецедентного права Европейского суда по правам человека в осуществлении конституционного судопроизводства Грузии и позволяет в общем сформулировать основные цели, для которых Конституционный Суд Грузии применяет Европейскую конвенцию и практику Страсбургского суда, в частности: 1) как средство разъяснения внутригосударственного нормативного акта или норм права, предусмотренных данным актом; 2) в случае расхождения Конвенции с внутригосударственным актом; 3) когда положения Евроконвенции и соответствующая практика Страсбургского суда являются единственным правовым основанием разрешения дела в суде.

Благодарю за внимание.

## SUMMARY

Strasbourg Court of Human Rights is the main and central body in the system of Euroconvention. It composes the main legal standards, which are later fulfilled by the means of judicial system of the party states. The mentioned standards apply with rather strong influence over the formation of the national rights and judicial practice.

It is necessary to mention that the European Court of Human Rights considers the supreme national courts as an essential mechanism of the protection of human rights.

Application of the European convention by the national courts is tightly connected with the issue of the grounds of the judicial decisions on the basis of the provisions of the Euroconvention.

In the cases when the national court considers necessary to apply Euroconvention for the solution of a case, it must ground its motivations on the basis of the correct interpretation of the conventional provisions.

Effectiveness of application of the Euroconvention for the solution of the cases by the national courts mainly depends on the degree of acknowledgement and application of the precedents of the Strasbourg Court as a control body of Convention, providing authoritative interpretation of its provisions.

The Constitutional Court of Georgia frequently enforces the Euroconvention and the practice of Strasbourg Court for the definition and effectiveness of interpretation of a concrete case. The Constitutional Court of Georgia on the case of "Residents of Georgia A.Meporadze and others via Parliament of Georgia" enforced the standards of the Strasbourg Court, for the clarification of the rights of property, protected by the Constitution of Georgia.

In the above-mentioned case, the Constitutional Court enforced the right of "doctrine of the framework of the free evaluation" provided by the Convention. Specifically, the state applies with define freedom to establish the limitation of the rights and freedoms of a person, proceeding from the interests of the state, as well as considering its traditions and cultural peculiarities. In the mentioned case the Constitutional Court of Georgia grounded its decision on the decision of Strasbourg Court adopted on the case of "Raimondo via Italy".

The Constitutional Court of Georgia used the standards of the Strasbourg Court and stated that in the fight against the corruption proceeding from the common state interests and general legal goal, gratis confiscation of the groundless property of a person accused in commitment of a given crime, corresponded to the goals of the Constitution of Georgia and as well as to the Convention.

From the point of the application of the Euroconvention and precedents of the European Court of Human rights the decision adopted by the Constitutional Court of Georgia on the case of ""Universes" LTD via the Parliament of Georgia" is rather interesting.

The above-mentioned can formulate the main goals which the Constitutional Court of Georgia applies the European Convection and the practice of Strasbourg Court, particularly: 1. as the means of interpretation of the in-state normative acts or the norms of right, envisaged by the given act; 2. in the case of discrepancy of the Convention with in-state act; 3. when the provision of the Euroconvention and the corresponding practice of Strasbourg Court are the only legal grounds for the solution of the case in the court.



# ПОСТРОЕНИЕ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ И РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА В ОБЕСПЕЧЕНИИ ВЕРХОВЕНСТВА КОНСТИТУЦИИ

**ВАЛЕНТИН ШУКЛИН**

*судья Конституционного Суда  
Республики Беларусь*

Принятие Конституции Республики Беларусь 1994 года происходило в русле конституционных преобразований, характерных для многих независимых государств Восточной Европы. Оно сопровождалось формированием новых конституционных идей, воспроизведением основополагающих норм международного права, направленных на защиту прав и свобод человека, и другими прогрессивными новациями.

Ряд авторов при анализе конституций Западной и Восточной Европы, достаточно часто приходят к выводу о рецепции западных правовых идей. Например, профессор политологии Роберт Шарлет, исследуя конституцию одной из восточноевропейских стран, считает, что она является "конституционным эквивалентом европейского аэробуса, собранного из деталей, изготовленных в нескольких странах"<sup>1</sup>.

На мой взгляд, такой подход не учитывает национальные традиции каждого народа, историю развития его государственности, которая за период своего существования уже пыталась воплотить (удачно либо неудачно) схожие подходы и принципы развития человека, общества и государства.

Касаясь процесса распространения идей, суждений и понятий, профессор Виктор Осятыньский отмечает, что они появляются в каком-то месте и в какое-то время, перемещаются по непредсказуемым маршрутам в другие места; зачастую они отвергаются, но иногда могут быть приняты и даже использованы. Так, рассматривая исходную идею конституционализма, В. Осятыньский прослеживает, что в разных странах она вызывала различное понимание и только сегодня Западная Европа живет в рамках конституционного режима, схожего с американской системой. Однако это, как констатирует он, явилось ре-

<sup>1</sup> Шарлет Р. Политические трансплантации и политические мутации: рецепция конституционного права в России и в новых независимых государствах // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999., № 2. - С. 18.

зультатом самостоятельного развития, в процессе которого Европа, в конце концов, восприняла принципы, существовавшие на протяжении двухсот лет. Кроме того, В. Осятынський считает, что схожесть тех или иных положений сама по себе не означает, что они были заимствованы. Даже в сфере конституционных прав, где обычно закрепляются международные стандарты, могут быть выявлены значительные отличия, в рамках которых разработчиками утверждаются уникальные особенности их государств. Внимательный анализ конституций показывает множество мелких различий в положениях, которые, на первый взгляд, кажутся схожими<sup>2</sup>.

Профессор Гаджиев Г.А. в отношении содержания российской Конституции обоснованно отметил, что новые конституционные принципы не навязаны России и не рецепированы ею, а выстраданы и являются плодом ошибок и озарений многих поколений россиян<sup>3</sup>.

Другие авторы с трудом уходят от стереотипа сложившегося мнения о рецепции западного права в Восточную Европу. Например, В.Б. Пастухов считает, что заимствованный конституционализм — это российская политическая реальность. В то же время он отмечает, что конституционализм в России существует как историческое явление, а в части отношений между индивидом и обществом российская цивилизация приблизилась к западной. Более того, В.Б. Пастухов разделяет мнение В. Цымбурского о том, что Россия и Запад представляют собой пример развития парных, параллельно развивающихся цивилизаций, образующих вместе единую систему<sup>4</sup>.

Приведенные доводы можно с полным основанием отнести и к Республике Беларусь. Процесс обсуждения проекта белорусской Конституции 1994 года свидетельствует, что он не был механистичен. Многочисленные предложения граждан, общественных организаций, трудовых коллективов, поступающие в адрес разработчиков проекта, анализ истории развития Беларуси свидетельствуют, что новые приоритеты не были навязаны извне. Они созрели в обществе, как в живом, развивающемся организме, являлись частью его становления. В связи с этим понятен и вывод, который сделан в предисловии к тексту Конституции. В нем отражено, что Основной Закон Республики Беларусь основывается на многовековой истории развития белорусской государственности.

<sup>2</sup> Осятынський В. Парадоксы конституционного заимствования // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. - № 3. - С. 53—67.

<sup>3</sup> Гаджиев Г.А. Введение в "Сравнительное конституционное обозрение" // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. - № 3. - С. 9.

<sup>4</sup> Пастухов В.Б. Россия на конституционном перекрестке // Конституция как фактор социальных изменений. - М., 1999. - С. 5 — 14.

Заслуга европейского права, на мой взгляд, заключается в том, что из разрозненных правовых конструкций была создана действующая правовая модель, обеспечивающая динамику развития общества и государства в определенный исторический период.

Достаточно часто появляются публикации об исключительно западном менталитете личности, способном воплотить концепцию демократического социального правового государства. Известно высказывание Р. Киплинга о том, что запад есть запад, восток есть восток, а вместе им никогда не сойтись. Однако такое противопоставление уходит в прошлое. Активные процессы взаимопроникновения культур, миграция населения показали, что люди различных национальностей и цвета кожи не только приемлют новую модель государства, но и активно участвуют в ее реализации. В числе таких лиц и эмигранты, занимающие высокие государственные должности в США, Канаде и других государствах.

Профессор права Университета г. Торонто Кент Роч отмечает, что демократические идеи приходят как с запада, так и с востока. Исследуя вопросы борьбы с терроризмом в условиях правового государства, он констатирует, что любые иллюзии о так называемых азиатских ценностях рассыпаются в прах, когда Гонконг оказывается в состоянии предоставить больше процессуальных гарантий тем, кого официальные власти предлагают включить в списки представляющих угрозу безопасности, чем такие западные демократии, как Канада. Еще более знаменательным является то, что народ Гонконга смог воспрепятствовать принятию законопроекта о безопасности посредством масштабных протестов, в то время как в Соединенных Штатах, Соединенном Королевстве и Канаде антитеррористические законы были поспешно проведены через парламенты всего через несколько месяцев после событий 11 сентября. Западные демократии оказались более склонными к панике и наложению ограничений как на деятельность ассоциаций, так и на механизм судопроизводства, чем Индонезия и Гонконг — страны, которые борются за демократию, сталкиваясь при этом с угрозами безопасности, как минимум такими же серьезными, как те, с которыми сталкиваются западные демократии. Сравнительное изучение имеющейся информации по данным вопросам не только должно положить конец упрощенным стереотипам об авторитарных азиатских ценностях и либеральных западных ценностях, но также показывает, что примеры наиболее вдохновенной защиты демократических идеалов после событий 11 сентября 2003 г. могут приходиться с Востока, а не с Запада<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Роч К. Антитерроризм и воинствующая демократия // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 28.

“Развитие человечества ведет к построению модели демократического государства, основанного на единых принципах и подходах”, - писал в начале XX века известный индийский мыслитель Шри Ауробиндо. Он отмечал, что демократическое государство будет стремиться к единству и единообразию, поскольку в основе его лежат единые и разумные принципы, рациональный порядок и совершенствование развивающегося общества, осуществляющего собственное руководство<sup>6</sup>.

В кратком докладе не представляется возможным исчерпывающе осветить правовую полемику по рассматриваемому вопросу. В связи с этим мне бы хотелось остановиться только на одной из проблем, которая звучит чаще всего и на первый взгляд кажется самой очевидной. Проводя сравнительный анализ конституций западных стран, а также Беларуси и России, основное различие между ними авторы видят, как правило, в несоблюдении в Конституциях Беларуси и России принципа разделения властей, в доминировании исполнительной власти. На мой взгляд, предусмотренная в наших Конституциях цель построения демократического социального правового государства не исключает эту особенность в период экономических и иных трудностей, требующих концентрации власти. Это свидетельствует только о жизнеспособности самой конструкции демократического социального правового государства, провозглашенного в указанных Конституциях, которая позволяет поэтапно обеспечить трансформацию тоталитарного государства в демократическое. Не отрицают этого и западные конституционалисты.

В частности, Роберт Шарлет приводит мнение известного немецкого специалиста в области конституционализма Джоэл Хеллман о необходимости осуществления в новых независимых государствах “умеренной авторитарной системы с доминирующей президентской властью”, поскольку она способствовала бы экономической стабильности в переходный период, и в связи с этим - развитию политической демократии<sup>7</sup>.

Похожей точки зрения придерживается профессор А.Н. Медушевский. Любой режим, - отмечает он, - объективно поставлен перед необходимостью осуществления курса на модернизацию страны. Повсюду в мире эти процессы ведут к росту значения исполнительной власти и, в известном смысле - авторитаризму (если понимать под ним рост самостоятельности и независимости структур власти, принимающих решения). Принципиальное значение имеет не оценка этой тенденции, а формы и техника ее выражения. Решающим критерием оценки режима является его отношение к праву - проведение модернизации в пра-

<sup>6</sup> Шри Ауробиндо. Идеал человеческого единства. СПб, 1998. - С. 285.

<sup>7</sup> Шарлет Р. Указ. работа. - С. 18



вовых или неправовых формах, с сохранением конституционной легитимности власти или с ее постоянными разрывами (как было в России до настоящего времени). Иначе говоря, - делает вывод А.Н. Медушевский, - демократический авторитаризм не должен эволюционировать в антиправовую систему бонапартистского типа или режим чрезвычайного положения. Противостоять этому может формирование институтов гражданского общества и правового государства - система независимого общественного контроля за властью, гарантий честных выборов, формирования правовой базы деятельности бизнеса, средств массовой информации, общественных организаций и политических партий, демократизация судебной системы и администрации<sup>8</sup>.

На мой взгляд, к этому следовало бы добавить довод о важной роли, которую играют в защите норм основного закона конституционные суды. Такая позиция правомерна и для Конституционного Суда Республики Беларусь. Независимые социологические опросы показывают, что население высоко оценивает его деятельность по защите прав и свобод граждан среди других государственных органов.

Ежегодно Конституционный Суд принимает около 50 решений в различных сферах права. Своими решениями Конституционный Суд утверждает в правотворческой и правоприменительной деятельности верховенство принципов и норм правового демократического социального государства, содействует совершенствованию национальной правовой системы и ее отдельных отраслей, развитию правовой идеологии и правового сознания. Основой деятельности Конституционного Суда наряду с Конституцией Республики Беларусь являются международные правовые акты. Статья 8 Конституции Республики Беларусь предусматривает, что Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства. В решениях Конституционного Суда, принятых в период с 1997 г. по июль 2005 г., имеются 84 ссылки на Всеобщую декларацию прав человека, Международные пакты о гражданских и политических правах, а также об экономических, социальных и культурных правах, Конвенций о правах ребенка и о статусе беженца, а также на другие международно-правовые акты.

Принимая решения по сложным вопросам, связанным со спорными ситуациями в период выборов, между правительством и профсоюзами, и др., Конституционный Суд обеспечивает их решение в правовом поле, тем самым закладывая основы правового государства, создавая стабильность в обществе. Так, в период выборов Президента Республики Беларусь инициативная группа граждан в качестве кандидата в Пре-

<sup>8</sup> Медушевский А.Н. Сравнительное конституционное право и политические институты. - М., 2002. - С. 239-240.

зиденты выдвинула одного из лидеров оппозиции - З.С. Позняка. Центральная комиссия Республики Беларусь по выборам и проведению республиканских референдумов обратилась в Конституционный Суд с просьбой высказать правовую позицию относительно понятия "гражданин Республики Беларусь, постоянно проживающий в Республике Беларусь", используемого в статье 80 Конституции, поскольку З.С. Позняк в тот период проживал в Республике Польша и обратился с просьбой о получении убежища. В решении Конституционного Суда отмечено, что, оценивая действительные или мнимые основания для обращения З.С. Позняка с просьбой о получении убежища в другой стране, Суд исходит из того, что регистрация указанной инициативной группы по выдвижению указанного лица кандидатом в Президенты Республики Беларусь будет свидетельствовать о доброй воле государства как правового и демократического, его стремлении укреплять устойчивое народовластие и желании провести свободные и справедливые выборы, решая вопросы, руководствуясь нормами международного права, направленным на обеспечение и защиту основополагающих прав и свобод человека и гражданина. Конституционный Суд указал в решении, что имеются правовые основания для регистрации данной инициативной группы.

Конфликт между Правительством и профсоюзами Беларуси возник в связи с процедурой уплаты профсоюзных взносов. В государствах бывшего Союза ССР они удерживались из заработной платы работника и перечислялись на счет профсоюза. Из постановления Правительства от 14 декабря 2001 г. № 1804 "О мерах по защите прав членов профессиональных союзов" следовало, что взносы должны выплачиваться работником — членом профессионального союза лично, минуя бухгалтерию предприятия. В Конституционный Суд поступили многочисленные обращения: Комиссии по правам человека, национальным отношениям и средствам массовой информации Палаты представителей Национального Собрания Республики Беларусь, Федерации профсоюзов белорусской, областных, районных организаций профсоюзов, членов профсоюзов предприятий и организаций. В них отмечалось, что решение Правительства стало серьезным препятствием для выполнения профсоюзами своих уставных целей и задач. В своем решении Конституционный Суд признал, что не исключается права работников - членов профсоюза, которым зарплата перечисляется на счета в банковских учреждениях, делать поручения банкам о перечислении профсоюзных взносов в безналичном порядке на счета профсоюзных организаций, как это предусмотрено в статьях 198 - 210 Банковского кодекса Республики Беларусь. Конституционный Суд также признал, что подход Правительства не является оптимальным и нуждается в усовершенствовании. В целях развития социального партнерства, гар-

моничных трудовых отношений Конституционный Суд предложил Правительству рассмотреть вопрос о совершенствовании законодательства, касающегося механизма перечисления профсоюзных взносов, в том числе и при заключении Генерального соглашения между Правительством, республиканскими объединениями нанимателей и профсоюзов. В принятом после этого постановлении Правительство предусмотрело возможность удержания из заработной платы работников по месту работы членских профсоюзных взносов для производства безналичных расчетов по их письменному заявлению.

Указанные выше и другие примеры позволяют сделать вывод о том, что механизм равновесия в обществе, ставящем своей целью существенные демократические преобразования во многом зависит и от Конституционного Суда.

Правовое государство предусматривает не только обязанность соблюдения Конституции и законов, но и использование их потенциала для развития общества и государства. В ряде стран мы наблюдаем стабильность конституционных актов, принятых намного ранее. Они продолжают действовать и в условиях развития новых общественных отношений, стремительного технического прогресса и т.п.

Такие же тенденции прослеживаются и в Республике Беларусь. Закон "О Конституционном Суде Республики Беларусь" не предусматривает в качестве лиц, имеющих право на обращение в Конституционный Суд, граждан Беларуси.

В то же время из части четвертой статьи 122 Конституции следует, что решения местных Советов депутатов, исполнительных и распорядительных органов, ограничивающих или нарушающих права, свободы и законные интересы граждан, а также в иных предусмотренных законодательством случаях могут быть обжалованы в судебном порядке. В связи с тем, что контроль за конституционностью нормативных актов в государстве возложен на Конституционный Суд (часть первая статьи 116 Конституции), рассмотрение таких обращений граждан и организаций стало обязанностью Суда. В период с 2002 г. по октябрь 2005 г. Конституционным Судом рассмотрено 33 таких обращения. Они касались важных для граждан вопросов: уплаты местных налогов и сборов, придания обратной силы решениям местных Советов, взимания платы за регистрацию иностранных граждан и лиц без гражданства, порядка приема граждан и других. Как правило, все решения Конституционного Суда исполнены либо находятся в процессе исполнения. Иногда даже запрос Конституционного Суда о получении каких-либо материалов из органов местного самоуправления является причиной для внесения соответствующих изменений в нормативные правовые акты.

Однако следует констатировать наличие не только достижений, но и трудностей. Государственные органы, суды, другие органы, уполномоченные на внесение предложений в Конституционный Суд, редко реализуют свое право, несмотря на существование многих противоречий и иных недостатков в актах законодательства. На эти обстоятельства Конституционный Суд неоднократно обращал внимание Президента, Парламента, других государственных органов в ежегодных посланиях о состоянии конституционной законности в Республике Беларусь. Вместе с тем происходит процесс изменения правосознания граждан, служащих и руководителей государственного аппарата, которые чаще обращаются к нормам Конституции, видят позитивную роль Конституционного Суда в налаживании правового подхода при разрешении возникающих проблем.

## SUMMARY

Adoption of the Constitution of the Republic of Belarus of 1994 occurred in the course of constitutional reforms typical to many independent states of the Eastern Europe. It was accompanied by the formation of new constitutional ideas, reproducing the basic norms of international law, assigned to protect human rights and freedoms and other progressive notations.

The process of discussion of the draft of the Constitution of Belarus of 1994 confirmed that it was not a mechanical one. A number of suggestions of the Citizens, public organizations, labour collectives sent to the authors of the draft, analysis of the history of development of Belarus confirmed that new priorities were not imposed upon. They matured in the society as in live, developing organism and became a part of its establishment. Thus, the conclusion, made in the introduction of the Constitution, is comprehensible. It mentions that the Fundamental Law of the Republic of Belarus is based on the centuries-old history of the development the Belarus statehood.

According to the author, services of the European law is an acting legal model made from incomplete legal constructions which ensured the dynamics of the development of the society and state in a definite historical period.

In his short presentation, the author does not only concern one of the problems, which, according to him, is the most essential one as it is pronounced more frequently. While making a comparative analysis of the constitutions of the Western countries and of Belarus and Russia as well, its authors state that the main difference between them is the infringement

of the Constitutions of Belarus and Russia, and the separation of powers dominating in the executive power. According to the author, the goal of construction of democratic social legal state stipulated in these constitutions, does not exclude this peculiarity in the period of economical and other difficulties of the causes demanding concentration of power. This confirms only the viability of the construction of the democratic social rule-of-law state, declared in the above-mentioned constitutions, which permits to assure the transformation of the totalitarian state into a democratic one.

The author also states the important role of the constitutional courts in the protection of the norms of the main law. Such an attitude is lawful also for the Constitutional Court of Belarus. Independent social inquiries show that the population highly appreciates its activity for protection of human rights and freedoms.

At the end, the author states that rule-of-law state envisages not only liability of adherence to the Constitution and laws, but also usage of its potential for the development of the society and the state. It is confirmed by the fact that in a number of countries stabilization of the constitutional acts adopted beforehand is observed. They continue to act also in the conditions of development of new social relations, speedy technical progress, etc.



## CONSTITUTIONAL JUSTICE AND POLITICS IN THE ITALIAN EXPERIENCE.

**GUIDO NEPPI MODONA**

*Vice-President of the Constitutional Court of Italy*

1. In Italy, as in all countries characterized by a democracy based on the rule of law, the premise for a correct interaction between constitutional justice and the political branch is the existence of a Constitutional Court independent from the executive and legislative branches, and from all other State powers.

Since the early nineteenth century American constitutional scholars acknowledged the power of courts to exercise judicial review over the constitutionality of federal and state laws and not to apply them when deemed incompatible with the Constitution, its Amendments or the Bill of Rights. In the famous case of *Marbury v. Madison* of 1803 the Supreme Court held that the Constitution is a law superior to all other laws and established that 'ordinary' laws, that is, statutes enacted by the legislative branch, must respect the Constitution. The Supreme Court also ruled that every judge has both the power and duty not to apply a law when he or she finds it unconstitutional.

In Europe the concept of the supremacy of the law, which was viewed as the highest expression of State sovereignty because voted by Parliament representing the popular will, made it difficult to accept that a body other than the legislative one could review the laws and refuse to apply a legal provision on the grounds that it was contrary to the Constitution.

The twentieth century, however, was a period shaken by two world wars and deeply marked by authoritarian political experiences and the repression of democratic institutions in a number of European countries, among them Italy, with the twenty year long fascist regime. In the wake of this tragic experience, a growing awareness emerged that safeguarding the basic rights established in Constitutions and the constitutional balance of powers meant being able to exert control even over the highest expression of the will of representative organs, including Parliaments, and thus on the laws themselves. It was generally believed that the normal bodies of the judiciary were not equipped to carry out this sort of control. This is because they consisted of un-elected career magistrates who were not in any way representative and who lacked the necessary political sensitivity to carry out this task. Still, constitutional review could not be entrusted to the same Parliament that enacted the statutes challenged, because the body subject to review could not review itself.

It was therefore decided that the solution would be to create a special tribunal or court, operating pursuant to judicial procedures, and made up of legal experts chosen specifically for this function, elected by Parliament or by other supreme State institutions for fixed tenures, not removable at will, and independent of the political branches. This institution was entrusted with reviewing the constitutionality of statutes and of voiding them if they were unconstitutional. In this way constitutional review was established, destined to ensure the application of constitutional principles thanks to procedures that were judicial in nature, but with a political character and effect. In fact, this type of review had to interact with political institutions exercising legislative powers, and also interfere with the executive and judicial branches.

In addition to acting as "judges of the laws", constitutional courts are often called upon to exercise other functions, generally associated with guaranteeing the observance of constitutional principles relating to the organization of the State, which are also characterized by relevant political repercussions. These are primarily the functions of resolving controversies between different State powers, the central State and federated States or other territorial communities (for instance, the Regions), thus maintaining a balance of powers between national institutions and peripheral ones.

Overall, in almost all of the contemporary Constitutions the need for a mechanism of constitutional review of statutes and an impartial arbiter of conflicts of power (the legislative, executive and judicial ones) and of central versus peripheral entities is generally recognized. In nations that have followed the U.S. model, these functions are exercised by the highest court in the judicial hierarchy, while in countries that have followed the European model the task of guaranteeing in an impartial and independent manner the observance of the Constitution is assigned to specific Constitutional Courts, sometimes known as supreme tribunals or courts, separate and autonomous from the ordinary courts. This is the model in place in Italy, also followed by the Constitutional Court of the Republic of Armenia, that is to say a judicial body separate and independent from the executive and legislative branches, but also from the judicial one.

On the basis of the historical experiences of the twentieth century and the need to provide valid defenses for constitutional liberties and the democratic order, the Italian Constitution that entered into force in 1948, after the fall of the fascist dictatorship, instituted the Constitutional Court in the section dedicated to 'Constitutional Guarantees'. The Constitutional Court has thus been entrusted with reviewing the constitutionality of laws and acts by the State and regions having the force of law, resolving conflicts between State powers, those between the State and the regions and between regions, and ruling on charges of high treason and attempt against the Constitution brought against the President of the Republic.

2. An essential premise for the performance of the function of guarantee and defense of liberty rights and the democratic order is that the Constitutional Court be absolutely impartial and independent. The Italian Constitution provides for impartiality and independence with an articulated system of nominations for the fifteen judges sitting on the Court.

Constitutional judges are selected from restricted categories of jurists: judges, who may be retired, from the highest levels of the judiciary, that is, the Court of Cassation, the Council of State, and the Court of Accounts; full university law professors; attorneys with at least 20 years of law practice. There are no maximum or minimum age limits, but, considering the requirement that judges belong to the highest courts, or teach at top university levels, or practice law for a long length of time, constitutional judges are normally appointed to the Court between the ages of fifty and seventy years old. The fact that judges come from the higher levels of the court system, academia, and law practice ensures a wide and diversified spectrum of knowledge and experience, able to resolve issues that are not only legal, but that require intellectual, ideological and political sensibilities ranging well beyond law subjects.

A constitutional judge's term - nine years - is longer than any other public office set forth in the Constitution and contributes, along with the inability to be re-elected, to ensuring the independence of constitutional judges, particularly those appointed by Parliament, which selects one third of the judges.

The method of appointment of constitutional judges seeks to attain and balance a number of needs: first, to ensure the independence and impartiality of the Court as much as possible; to guarantee a high level of preparation and legal experience; to blend together, through the various intellectual and professional backgrounds, different approaches to the legal world, capable of taking into account the ideological and political repercussions of the issues decided.

It is important to point out that judges' appointments are distributed in time and that normally not more than one or two judges are appointed at once. This allows changes in the composition of the Court to be gradual, including changes in its jurisprudence that must nevertheless be part of an overall spectrum of continuity. Five judges - one third of the Court - are elected by the higher levels of the judiciary (three by the judges of the Court of Cassation, one by the members of the Council of State, and one by the members of the Court of Accounts, all necessitating an absolute majority of the votes cast). Another five judges are elected by Parliament - the Chamber of Deputies and the Senate - during a joint session, with a two thirds majority of members in the first three ballots and of three fifths in the following ones; the remaining five judges are appointed by the President of the Republic.



The judges elected by the high levels of the judiciary bring their particular experiences and legal backgrounds to the Court and are in no way connected to the makeup of the political branch. In turn, judges elected by Parliament (almost always selected among university professors and attorneys) mirror the ideological and political composition of the representative assemblies and sometimes are or have been members of the Chamber of Deputies or the Senate. The qualified majority (two thirds or three fifths) needed to be elected means that the political party or coalition which holds a majority in Parliament normally does not dispose of enough votes to elect its candidate, but also requires approval by the opposition, with which it must reach an agreement. The candidates presented both by the parliamentary majority and the opposition must therefore obtain the consensus of a wide range of political forces, rendering them much less linked to the party or parties to which they are connected; in any event, the judges elected by Parliament are not representative of, or directed by, the political forces that proposed them. Rather, as all other members of the Court, they are independent from the political parties and Parliament who elected them.

Finally, the five judges designated by the President of the Republic are usually chosen so that the overall composition of the Court reflects, as faithfully as possible, the political and ideological pluralism within the country; the President of the Republic, while making his choices, also takes into account the need that within the Court all major legal areas are represented (civil law, criminal law, administrative law, labor law, etc., in addition to a strong presence of constitutional scholars).

An appointment process of this kind, along with the judges' diversified backgrounds and professional experiences, avoids the formation of groups or 'parties' within the Court, as for example those appointed by the judiciary versus those selected by the President of the Republic, or else professors versus attorneys.

The criteria used to elect the Court's President also promote the independence of the Court. In fact, the President is elected among and by the judges sitting on the Constitutional Court, without any outside interference by Parliament, the President of the Republic, or the Executive. The autonomous nature of the President's nomination reinforces the collegiality of the Court because in deciding issues the President has the same weight and powers as other judges. The President's authority primarily consists in organizing the Court's workload, such as assigning cases to individual judges designated as rapporteurs, establishing the Court calendar, and representing the Court in its relations with the other branches.

Independence is also ensured by specific prerogatives and duties of the judges and by the Court's organizational and financial independence.

Judges may not be held liable for the opinions expressed and the votes cast during the exercise of their functions, and may not be criminally prosecuted or deprived of their personal liberty without the Court's authorization. The retribution of constitutional judge is fixed by law, in the amount of 50% more than the compensation of the President of the Court of Cassation. Constitutional judges may not engage in any other professional activity while serving their term; they cannot belong to any political party and must refrain from all forms of political activity.

The Constitutional Court, like the President of the Republic and Parliament, organizes its own activities in full autonomy and is provided with the human, material, and financial resources necessary to independently carry out its functions; it is not subject to any outside check or interference dealing with its organization, the administration of its human resources (approximately 350 employees) or its financial resources management.

3. The independence the Italian Constitutional Court does not isolate it from the institutional and political context in which it operates; on the contrary, it is that very independence which gives the Court the strength to make choices that may effect other political and institutional powers.

For example, the Court may postpone inserting in its calendar issues of constitutionality raised with respect to laws that are under discussion in Parliament, so as to avoid interfering with the choices of the legislative branch; similarly, if the Executive manifests its intent to amend an unconstitutional statute, the Court shall abstain from issuing a ruling so that the executive branch may act on its own initiative to correct any unconstitutional provisions; the Court also usually grant particular attention and exercises caution in cases which involving the national budget, for example, issues dealing with social security, or pension benefits. With respect to the role played by ordinary judges, the Court, when has to decide on a recent law challenged as unconstitutional, but which could be interpreted in a constitutionally sound manner, will postpone the decision, and wait to see whether the Court of Cassation's jurisprudence will adopt an interpretation that conforms to the Constitution.

Further, in the area of conflicts of powers, which in Italy are most frequent between the legislative and judicial branches in cases where a judicial body challenges the declarations of Parliament on the immunity of one of its members for defamatory statements made while exercising a parliamentary function, the Court seeks to avoid that its decisions produce undesired political effects. It is a well-established practice that close to election time no cases are decided which could cause political effects in favor or against majority or opposition parties, for instance due to a member of the Parliament's notoriety or the political repercussions of the contents of specific defamatory statements.

Even with such precautions, it is inevitable that the Court's decisions will at times have political repercussions and raise heated debates either in favor of or against the Court, accused of favoring or harming the parliamentary majority or its opposition. When such debates arise, the Court's strength lies in its composition which, thanks to the balanced system of election and appointment of its members, helps to ensure that prearranged majorities or dominant groups cannot influence the Court's decision-making process. The credibility of a Constitutional Court against political attacks lies in the ability to show that it is not the expression of any political majority or preconceived ideology and that it is able to decide in full autonomy from the institutions of the political branch.

4. Based on the contents of the Constitution of the Republic of Armenia and the law on the Constitutional Court approved by the National Assembly on December 9, 1997, I find that important premises exist for the correct exercise of constitutional review assigned to the Armenian Court.

First, the dual system of designation of the Armenian Constitutional Court's members ensures sufficient guarantees of independence with respect to the political branch: it is presumable that the five judges elected by the National Assembly are representative of the various political forces present in Parliament. The President of the Republic, exercising the power to appoint the remaining four judges, is able to play a balancing role so that the major components of the political and ideological spectrum of the Nation are represented on the Court, as well as the legal subjects and professional qualifications necessary for the Court's correct functioning. An additional guarantee of independence is that the President of the Court is chosen among the members of the Court itself and with a dual designation system: if the National Assembly does not proceed with the President's election within thirty days, the power of appointment shall be exercised by the President of the Republic.

Sufficient guarantees are also ensured through the Court's financial and organizational independence attributed to the Court by the 1997 Law.

Independence, which is the premise of a correct relationship between the Court and the political branch, is also confirmed by the guarantees provided to the individual judges sitting on the Court: such as the fact that they are only subject to the law, the prohibition and punishment of any form of pressure exercised over them, the inability to induce a judge to resign until the age of seventy, except for the cases expressly provided for by the Constitution and the laws, immunity from criminal or administrative prosecution, unless consented to by the body that appointed the judge and authorized by the Constitutional Court itself, and the determination of the judges' compensation by statute.

I find that the necessary premises exist for the true realization of the fundamental principles underlying the Constitutional Court's activity. Such fundamental principles, as set forth in Article 6 of the 1997 law, are independence, the adversarial process as a means for decision-making, collegiality, and transparency.

I hope that during the course of our discussions the comparison of experiences between the young Armenian Constitutional Court and those of other European Courts which have performed their duties now for several decades may confirm these positive impressions and may perhaps suggest legislative modifications aimed at further strengthening the guarantees of independence and the exercise of constitutional control assigned to the Armenian Constitutional Court.

## РЕЗЮМЕ

На основе исторического опыта XX столетия и необходимости обеспечения действенной защиты конституционных свобод и демократического порядка, Конституция Италии, вступившая в силу в 1948г., после падения фашистского режима, предусмотрела создание Конституционного Суда в разделе, озаглавленном «Конституционная гарантия». Конституционному Суду было вверено осуществление проверки конституционности законов и актов, имеющих силу закона, принятых государством и регионами, разрешение конфликтов между ветвями власти, между государством и регионами, между регионами, решение вопросов по обвинению в государственной измене и антиконституционных действиях, выдвинутых против Президента Республики.

Конституционные судьи избираются из определенных ограниченных категорий юристов: судей, ушедших в отставку из высших судебных инстанций, а именно: Кассационного Суда, Государственного Совета, или Счетной палаты; университетских профессоров права, адвокатов, имеющих юридический стаж не менее 20 лет. Возрастных ограничений не существует, но учитывая то, что судьи высших судов либо преподают в высших университетах либо имеют длительную юридическую практику, возраст конституционных судей колеблется от пятидесяти до семидесяти лет. То обстоятельство, что эти судьи приходят из высших структур судебной системы, академических вузов и имеют длительную правовую практику, гарантирует широкий и разносторонний объем знаний и опыта, способность решать не только правовые задачи, но и задачи, требующие интеллектуальных, идеологических и политических знаний также вне правовых тем.

Важно отметить, что назначение судей имеет конкретные сроки, и обычно назначаются одновременно не более одного или двух судей. Это позволяет менять состав Суда постепенно, включая изменения судопроизводства, которые являются частью продолжительного, длительного, последовательного процесса. Пять судей, т. е. 1/3 суда избирается из высших инстанций судебной власти. Другие пять судей избираются Парламентом - Палатой депутатов и Сенатом на совместной сессии 2/3 депутатов в первых трех голосованиях и 3/5 - в последующих голосованиях, оставшиеся пять судей назначаются Президентом Республики.

Подобный процесс назначения судей с такими различными профессиональными знаниями и опытом, позволяет избежать формирования групп или «партий» внутри суда, как, например, разделение судей на группы судей, назначенных высшими инстанциями судебной власти, и судей, назначенных Президентом Республики, или группы судей-профессоров, противостоящих адвокатам.

Независимость Конституционного Суда Италии не изолирует его от институционального и политического содержания той реальности, в которой он действует. Наоборот, именно эта независимость дает Суду силы для выбора, который может повлиять на другие политические и институциональные силы.

Например, Суд может отложить рассмотрение дел о конституционности законов, обсуждаемых в Парламенте, чтобы избежать влияния на деятельность законодательной власти. Соответственно, если исполнительная власть выражает намерение привести неконституционный закон в соответствие с Конституцией, то Суд может воздержаться от принятия решения по этим делам, чтобы исполнительная власть могла бы действовать по своему усмотрению.

Даже при таких предостережениях очевидно, что время от времени решения Суда имеют политический резонанс и вызывают горячие споры, в которых осуждаются протекционизм парламентского большинства или оппозиции. Когда возникают такие споры, сила Суда в его составе, который, благодаря сбалансированному порядку назначения и выборов его членов, позволяет гарантировать, что доминирующие группировки не смогут повлиять на процесс принятия решения Судом. Мощь Конституционного Суда против политических нападок заключается в способности показать, что это не выражение сформировавшейся идеологии или мнения политического большинства и что Суд в состоянии принять решения в полной независимости от институтов политической власти.



## LA COUR SUPRÊME D'ISRAËL DANS LE MAELSTRÖM POLITIQUE

**CLAUDE KLEIN**

*Université hébraïque de Jérusalem;  
Doyen du Collège de droit de Ramat-Gan*

Depuis une vingtaine d'années, la Cour suprême d'Israël a pris un tournant résolument activiste. Cela signifie que la Cour a considérablement étendu le champ de son intervention dans le domaine spécifique du contrôle juridictionnel de l'activité administrative. Par ailleurs, la Cour est allée jusqu'à soumettre à son contrôle certaines activités intérieures de la Knesset elle-même, au-delà, bien entendu, de l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois, instauré définitivement, de manière très controversée, en 1995.

De fait, on peut dater de manière précise la naissance de la nouvelle ère de l'activisme de la Cour dans ses rapports avec l'Administration et de manière plus générale avec les autorités que l'on peut qualifier de «politiques». Symboliquement l'acte de naissance de l'activisme judiciaire porte la date du 12 juin 1988, jour où fut rendue la décision connue sous le nom de Ressler c. Ministre de la Défense. Dans cette affaire, il s'agissait de juger de la légalité de la décision du Ministre de la Défense dans la matière controversée des exemptions du service militaire, accordées aux étudiants des Yechivot (établissements d'enseignement religieux supérieur). Sur le plan juridique, la question posée était celle du pouvoir du Ministre: si la loi lui accordait le pouvoir d'accorder des dispenses individuelles, pouvait-il accorder ces dispenses «en gros», c'est à dire non pas à des individus, mais, de fait, à un groupe entier. Cette question avait été posée à de nombreuses reprises, à partir de la fin des années 60: à chaque fois, la Cour avait refusé d'intervenir. A cette époque, la Cour soutenait qu'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, pour lequel il lui était interdit ou impossible d'intervenir. Les choses devaient évoluer rapidement. D'une part, l'octroi de dispenses du service militaire, accordée à un nombre sans cesse grandissant de jeunes gens, transformait complètement le sens du pouvoir ainsi exercé. Les requérants (qui demandaient l'annulation des dispenses) soutenaient que seul le législateur pouvait accorder des dispenses sur une base aussi étendue, du fait notamment de la rupture du principe d'égalité. D'autre part, la Cour modifiait son attitude traditionnelle quant à la «justiciabilité» de la question posée. Pour elle, selon l'expression du juge Barak, qui marque ainsi la naissance de la nouvelle politique jurisprudentielle, aucune question, ne serait, par sa nature même, insusceptible de contrôle juridictionnel. Il n'y aurait pas de question qui du fait de son essence (en général politique) échapperait au contrôle du juge. L'ancienne doctrine était morte. De fait, la Cour allait rapidement déployer son activisme dans bien des domaines. Nous avons choisi de montrer comment la Cour

suprême d'Israël a eu à faire face à l'une des grandes crises politiques du pays, à savoir celle liée au retrait de la bande de Gaza et du Nord de la Samarie, ainsi qu'à la question de la construction d'un mur entre Israël et la Cisjordanie. Bien d'autres domaines auraient pu être envisagés, mais il reste que ceux-ci sont sans doute les plus marqués et les plus sensibles politiquement. Le cas israélien est certainement un cas extrême qui mérite une grande attention, du fait des potentialités qu'il présente. Il témoigne du rôle que peuvent jouer les Cours dans certaines crises, en particulier lorsque la classe politique et les institutions ne sont pas toujours en mesure de gérer les situations auxquelles elles sont exposées.

Pour comprendre l'importance de cette jurisprudence et son imbrication dans le contexte politique local, il faut rappeler très brièvement quelques données de base, les unes factuelles et politiques, les autres relevant davantage de l'univers conceptuel juridique dans lequel se déploie le contrôle exercé par la Cour. On pourra ensuite présenter quelques-unes des affaires jugées dans la Cour.

On sait que la guerre de 1967, communément désignée aussi comme «guerre des 6 jours» a entraîné l'occupation par Israël de divers territoires: le plateau Golan (territoire syrien); la presqu'île du Sinaï (territoire égyptien), la bande de Gaza, partie de la Palestine historique qui avait été placée sous occupation militaire égyptienne depuis la fin de la guerre de 1948 (connue en Israël sous le nom de guerre d'Indépendance); la Cisjordanie, qui elle aussi avait partie de la Palestine historique et qui, en 1950, avait été annexée par le royaume de Jordanie (anciennement - Transjordanie) et, enfin, la ville orientale de Jérusalem, elle aussi annexée par la Jordanie. La grande question est évidemment celle du statut juridique de ces territoires, en droit interne israélien, mais aussi en droit international. Plus encore, la question la plus importante est celle de savoir quelle est l'autorité israélienne compétente pour, en droit interne israélien, qualifier ce statut d'une manière qui s'impose à toutes les autorités. De plus, se pose aussi la question de savoir quelle pourrait être l'influence d'une détermination de ce statut par des autorités extérieures à Israël, sur l'ordre juridique interne. La position officielle du gouvernement israélien, exprimée par le ministère des affaires étrangères a toujours été extrêmement vague. Si pour le Sinaï et le Golan la position ne pouvait être que celle de «territoires occupés»(au sens du droit international, il en allait tout autrement pour ce qui est de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, ainsi que de la ville orientale de Jérusalem. Au demeurant, si Israël avait fini par se retirer de la presqu'île du Sinaï après la signature d'un traité de paix en bonne et due forme avec l'Egypte (en 1982), le Premier ministre Menahem Begin avait fait voter une loi d'annexion du plateau du Golan, en décembre 1981 (de fait, ces lois d'annexion, comme ce fut le cas pour Jérusalem-Est, prennent toujours techniquement la forme suivante: elles emportent une«extension de la juridiction de l'Etat d'Israël et de sa législation»sur un territoire défini). Si ces extensions ont fait l'objet de critiques de la société internationale, tant au niveau politique qu'au niveau juridique, elles n'ont jamais été «testé» devant la Cour suprême. On peut gager qu'en cela la Cour continuerait

de s'en référer au principe de la question politique: ici, la situation serait très probablement celle de la théorie de «l'acte de gouvernement» en droit français ou encore de «l'Act of State» en droit anglais.

La situation de la Cisjordanie ( et avant le retrait opéré en août 2005 dans le territoire de Gaza) était bien différente. Elle l'était d'abord parce que ces deux territoires, partie de l'ancienne Palestine mandataire, se trouvaient dans une situation juridique que l'on peut qualifier de «peu claire», ainsi que nous l'avons déjà indiqué. Elle l'était aussi, du fait des revendications israéliennes, formulées de manière très insistante après l'arrivée au pouvoir de la droite, en 1977: cependant, ce même gouvernement, dirigé par Menahem Begin puis par son successeur I. Shamir s'abstint d'étendre la juridiction israélienne sur ces terrains. En même temps, ces gouvernements de droite, accélèrent la colonisation de la Cisjordanie. La population juive y passa rapidement de quelques dizaines de milliers avant 1977 à plus de cent vingt mille au milieu des années 80, pour atteindre aujourd'hui plus de deux cent mille (ces chiffres ne comprennent pas la population juive de la ville orientale de Jérusalem annexée). La population du Golan comprend environ 12000 personnes, celle de la bande de Gaza comptait, quant à elle, avant le retrait récent environ 8000 colons). Pendant très longtemps le gouvernement s'était abstenu de prendre une position claire sur les différents territoires, tout en parlant certes d'«occupation militaire», mais, en même temps, le gouvernement soutenait et - officiellement - soutient toujours qu'il s'abstient de se prononcer sur l'applicabilité de la 4-ème Convention de Genève, relative à la protection des civils en cas de conflit, tout en soutenant que le gouvernement israélien appliquerait les dispositions purement humanitaires de la convention, en quelque sorte «*ex gratia*». On le voit, de tels raisonnements ressortaient davantage à une manière de jonglerie juridico-formelle. Ceux-ci ne cessaient d'ailleurs de s'affaiblir au fur et à mesure de la prolongation de la situation d'occupation militaire, laquelle s'accompagnait d'une part, d'une colonisation accentuée et d'autre part, d'une répression de plus en plus ferme. La colonisation entraîne des expropriations, aussi bien que des mesures vexatoires et jugées infamantes par les Palestiniens. Parmi celles-ci se posait le problème de la légalité de ces mesures au regard du droit international aussi bien que du droit interne (parmi ces mesures: les expropriations en vue de construire des colonies ou plus tard, en vue de construire le mur, les expulsions, les destructions de maisons etc...) De ce fait, un terrorisme aveugle et inacceptable sous quelque prétexte que ce soit, ne faisait que renforcer une situation dont le caractère tragique n'était plus à démontrer. A travers les vicissitudes politiques du pays, les tentatives de parvenir à un accord (d'Oslo à Camp David), il devenait de plus en plus urgent de préciser la nature juridique des territoires ainsi que de prendre position clairement sur l'applicabilité de la Convention de Genève précitée. La Cour suprême eut ainsi graduellement l'occasion d'intervenir dans ce domaine. On va essayer de faire part de cette évolution dont il est clair qu'elle n'est pas encore terminée.

L'examen de la jurisprudence proposé ici ne saurait évidemment couvrir



l'ensemble de la période depuis 1967. Nous nous contenterons d'examiner les trois dernières années, sous le gouvernement d'Ariel Sharon, plus particulièrement à partir du moment où celui-ci prit, d'une part la décision de construire le mur et, d'autre part, celle de procéder au désengagement dans la bande de Gaza, alors que celui-ci ne fait que présager de décisions ultérieures, ayant trait au désengagement de zones situées en Cisjordanie et de procéder au démantèlement de colonies israéliennes.

Nous avons choisi de présenter trois décisions de la Cour suprême ayant trait à ces différentes matières. Elles sont toutes trois d'une très grande importance autant politique que constitutionnelle.

La première de ces décisions a été rendue le 26 octobre 2004. De fait, la requête avait été introduite en juin de cette même année. La Cour avait annoncé très rapidement qu'elle rejetait la requête au fond, mais qu'elle ne publierait les attendus que plus tard. Il s'agit là d'une technique habituelle, que l'on peut comprendre à la lumière de la surcharge de travail de la Cour, mais aussi à la lumière du fait que les «grands» arrêts de la Cour sont souvent des arrêts très longs. Il n'est pas rare de se trouver face à des décisions de plusieurs centaines de pages, comprenant des opinions minoritaires ou concurrentes. Dans l'affaire considérée ici *Fuks c. Ariel Sharon*, une formation de 7 juges a rendu une décision unanime de 32 pages (donc relativement courte). Les faits de l'affaire étaient simples : le 4 juin 2004, le Premier Ministre, usant d'un pouvoir défini à l'article 22 de la loi fondamentale sur le gouvernement, avait démis de leurs fonctions deux ministres, membres du parti le plus intransigent de sa coalition. Cette révocation avait pour but d'empêcher les deux ministres de participer à la réunion du gouvernement, prévue pour le 6 juin, au cours de laquelle le gouvernement était appelé à se prononcer sur le programme de retrait de la bande de Gaza. Or, la présence de ces deux ministres, décidés à voter contre le projet, «était de nature à compromettre l'adoption du plan de retrait (cela, du fait qu'une partie des collègues de M. Sharon, membres de son propre parti, allaient eux aussi voter contre le projet). De fait, les choses se passèrent bien ainsi et le projet fut voté à une courte majorité. Les deux ministres démis de leurs fonctions contestaient la légalité de leur renvoi: celui-ci aurait été dicté par la volonté de faire voter le projet à tout prix. Il s'agirait d'un véritable détournement de pouvoir ou de procédure. De fait, la Cour rejeta le recours au fond, mais plusieurs juges émirent des doutes sérieux sur la qualité démocratique d'un tel processus de décision. Il leur apparaissait que le fait de renvoyer des membres du gouvernement avant sa réunion pouvait être interprété comme une véritable manipulation du processus démocratique. L'un des juges devait même souligner que ces deux ministres avaient annoncé qu'ils voteraient contre le projet, restant fidèles en cela à leur propre idéologie, alors que c'était le Premier ministre qui opérait ici un véritable revirement politique. La Cour préféra plutôt, dans sa majorité, se placer sur le terrain de la possibilité de l'exercice d'un contrôle juridictionnel sur ce type de décision. Celui-ci n'est pas formellement exclu par la Cour, mais celle-ci applique ici le principe de «reasonableness» qui

existe par ailleurs en droit administratif. Certes, la décision peut apparaître comme fondée sur un «self-restraint», de fait, il nous apparaît, au contraire, qu'elle marque une avancée du contrôle dans un domaine hautement politique.

La deuxième affaire est beaucoup plus importante. Il s'agit de la célèbre affaire du mur (ou de la clôture) érigée entre Israël et la Cisjordanie. Rappelons qu'il s'agit, là aussi, d'une affaire de haute politique. La décision de la Cour dans cette matière fut rendue le 30 juin 2004 sous le nom de Conseil municipal du village de Beth Surik c. le Gouvernement d'Israël et le Commandant de l'Armée d'Israël en Cisjordanie. Paradoxalement, pour une affaire de cette importance, elle ne fut rendue (à l'unanimité) que par une formation de trois juges. Mais l'importance de cette décision provient aussi de sa proximité de l'Avis de la Cour Internationale de Justice de la Haye, rendu le 9 juillet 2004 (il est évident que la Cour de Jérusalem avait accéléré sa propre décision, lorsque fut annoncée, mi-juin, la date à laquelle l'Avis de CIJ serait publié). La question juridique est, au départ fort simple: l'Etat d'Israël peut-il, comme autorité occupante, ériger un mur de séparation entre la Cisjordanie et Israël, alors que la totalité du mur est établie en Cisjordanie, parfois même sur une profondeur de plusieurs dizaines de kilomètres (parfois aussi le long de l'ancienne ligne d'armistice). Il est acquis que ce mur, destiné à protéger Israël d'incursions terroristes entraînera par ailleurs de graves troubles à la population palestinienne.

La décision de la Cour peut être présentée de la manière suivante:

- le «titre» israélien en Cisjordanie est bien celui d'une autorité d'occupation. - les autorités militaires ne peuvent prendre de décisions préjugant du sort futur du territoire, c'est pourquoi, la Cour commence à affirmer qu'elle est convaincue que la motivation des autorités militaires n'est pas politique (c'est à dire une volonté d'annexion)

- l'autorité militaire est, selon la Cour de Jérusalem, en droit, de protéger les citoyens de l'Etat d'Israël, en procédant par ex. à des réquisitions de terres et en instaurant des régimes de circulation; (selon la Cour cette possibilité découlerait autant du droit interne que du droit international de l'occupation); **mais,**

- ces mesures doivent être «raisonnables» et il faut qu'il existe un équilibre entre le bénéfice retiré par Israël et les troubles occasionnés aux Palestiniens. Pour la Cour, cet équilibre aurait été rompu et de ce fait elle déclare illégal le tracé du mur sur plusieurs dizaines de kilomètres. Elle ordonne de ce fait à l'armée de présenter un nouveau tracé.

Certes, cette décision tranche avec l'Avis de la CIJ : pour celle-ci c'est l'ensemble de la décision d'ériger le mur qui serait illégale. Elle ne saurait trouver aucune justification dans la volonté de se défendre contre des incursions quelles qu'elles soient.

La décision de la Cour de Jérusalem a été ressentie par une incursion dans le domaine de sécurité ainsi que dans un domaine de haute politique. Elle a cependant été acceptée et appliquée. Dans une certaine mesure, il est possible d'a-

vancer que la Cour est devenue l'un des acteurs de la vie politique d'Israël : non point que la Cour soit l'un des éléments dans le processus de prise de décision, mais sa position sur l'échiquier de la vie publique lui donne un véritable pouvoir de veto sur ce processus. La Cour a ainsi appris à manœuvrer dans ce tourbillon extrême qu'est la politique israélienne.

La troisième décision à examiner est celle du 9 juin 2005, dans l'affaire Conseil régional de la région côtière de Gaza c. la Knesset et le Gouvernement d'Israël. Il s'agit d'une décision rendue par une formation de 11 juges. Elle s'étend sur près de trois cents pages: à la majorité de 10 juges contre un seul (le juge Edmond Lévi), la Cour a rejeté le recours contre la loi sur le désengagement et les indemnités proposées aux colons de la bande de Gaza. Cette décision se situe elle aussi, au cœur du débat politique. Nous pouvons essayer de la résumer rapidement.

La décision des 10 juges de la majorité est présentée de manière collective, ce qui lui donne une force singulière qui isole d'autant plus le juge E. Lévi qui exprime une opinion minoritaire. La décision des 10 juges passe en revue l'ensemble de la matière: elle reprend l'historique de la situation depuis 1967. Elle reprend fortement la thèse de l'occupation militaire, ainsi que celle de la colonisation. Elle analyse ensuite la loi qui fait l'objet de la requête. Elle rejette toutes les objections quant à la légitimité de la loi pour ne s'attarder que sur le contenu de la loi, plus particulièrement quant aux échelles de compensation offertes aux colons. Tout en rejetant la requête au fond, les juges de la majorité retiennent quelques arguments concernant précisément les éléments de calcul des compensations et annulent quelques-unes des dispositions de la loi.

Le juge Lévi présente une opinion (minoritaire) très marquée idéologiquement. Elle rejette, en partie, la possibilité pour un Etat juif de renoncer à des territoires qui font partie de l'ancienne Palestine historique. De plus, elle conteste la possibilité pour un parti politique d'effectuer un revirement de la nature envisagée ici. On rappelle que la position du Likoud et d'Ariel Sharon a toujours été hostile à toute rétrocession de territoire : au cours de la campagne précédant les élections de 2001 il avait même clairement parlé des colonies de la bande de Gaza. A tout le moins, selon le juge Lévi, il aurait fallu procéder à de nouvelles élections ou à un référendum. L'ensemble de cette loi lui apparaît comme dépourvue de légitimité. A l'évidence, chez ce juge, transparaît une idéologie nationale et religieuse très forte: l'ensemble de la matière n'est-il pas chargé d'une telle idéologie?

\*\*\*

La Cour suprême a réussi, à grand peine, à naviguer en quelque sorte entre les différents écueils qui se trouvaient sur sa route. Elle n'a pas hésité à prendre position lorsqu'il le fallait, en essayant de ne pas provoquer d'affrontement trop brutal avec le gouvernement et, plus encore, avec le la Knesset. Cela n'a pas

empêché que la Cour suprême soit accusée de gauchisme et, en tous cas, de ne pas être en accord avec la majorité dans le pays. Il faut rappeler aussi que la Cour est dominée depuis plus de vingt ans par son actuel président, le juge Aharon Barak, juriste hors pair et très respecté, mais aussi contesté. Déjà la bataille pour la nomination de nouveaux juges a commencé. Les juges doivent prendre leur retraite à 70 ans. Ce sera le cas pour Aharon Barak dans un an. Une grande bataille s'est engagée, de fait, pour assurer le remplacement de 3 des 14 juges de la Cour. Faute d'accord, le président de la commission de nomination, le Ministre de la Justice, refuse pour l'heure de réunir la commission. Il s'agit là de l'un des contrecoups de l'activisme judiciaire dont la Cour a fait preuve au cours des dernières années. Une crise pourrait s'ouvrir sur cet arrière plan.

## РЕЗЮМЕ

В течение последних двадцати лет Верховный Суд Израиля значительно расширил поле своего вмешательства в специфическую область правового контроля за административной деятельностью. Верховный Суд добился того, что подчинил своему контролю даже внутреннюю деятельность самого Кнессета, не говоря уже о контроле за конституционностью законов, установленного еще в 1995 году.

Символически зарождение такой правовой активности можно отнести к 1998 году, когда было принято решение по делу Реслер против министра обороны. Правовой аспект дела касался права министра освободиться от воинской обязанности. Дело в том, что министр своим приказом освободил от службы в армии студентов Ешивот (институт высшего религиозного образования), и если он был правомочен освободить от воинской службы отдельных лиц, то в суде оспаривалось его право на освобождение группы лиц. Если в течение долгого времени Суд считал, что дело касается осуществления компетенций министра по его усмотрению и что его вмешательство невозможно, то своим решением он нарушил традиционный подход к делу и ознаменовал зарождение новой правоприменительной политики. По выражению председателя Суда г-на Барака, ни один вопрос, даже по своей сути, не может избежать правосудия. Не может быть вопросов, которые по своему существу (в основном политическому), могут избежать судебного контроля.

После этого очень быстро Верховный Суд распространил свое влияние и на ряд других областей. В особенности это проявилось в противостоянии Суда ряду больших политических кризисов, которым подвергся Израиль, а именно о выводе войск и отходе из региона Газа и севера Самарии, а также о вопросе строительства стены между Израилем и Палестиной. Речь идет о трех решениях Верховного Суда, кото-

рые очень важны как с политической, так и с конституционной точки зрения. Это решение по делу "Фукс против Ариэля Шарона" от 26 октября 2004 года, по делу "Муниципальный Совет деревни Бет Сурик против государства Израиль" от 30 июня 2004 года и "Муниципальный Совет региона Газа против государства Израиль" от 9 июня 2005 года.

Очевидно, что израильский случай - это экстремальный случай, требующий большого внимания с учетом заключающегося в нем потенциального развития. Он свидетельствует о роли, которую могут исполнять суды в некоторых кризисных ситуациях, в частности, когда политический класс и институты не всегда способны контролировать возникшую ситуацию.



# POLITICAL DECISION-MAKING IN THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL REVIEW CHAMBER OF THE SUPREME COURT OF ESTONIA

**BERIT AAVIKSOO**

*Advisor of the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court of Estonia*

Dear participants of the conference.

Constitutional courts often face accusations of making political decisions or stepping into the shoes of the lawgiver.

To make the upcoming speech more meaningful, my first task will be to try to answer to the question, what do I precisely mean when saying some issue is political? This is inevitable as far as the answer to the question, whether a specific court should be considered political, highly depends on the definition of "political". After defining "political" for the sake of my presentation, I will test the practice of the Estonian Supreme Court performing constitutional review function against this background.

## 1. Defining "political"

According to the seminal definition of a political scientist David Easton, politics encompasses the behaviours that produce for a political unit "the authoritative allocation of values"<sup>1</sup>.

As all courts of last instance launch decisions that are authoritative and normative in the sense that they represent a choice between different judgments that cannot be resolved by applying universally accepted standards of measurement, all these courts are inevitably political by definition<sup>2</sup>. Especially constitutional courts face issues that are inescapably political in the sense that they involve a choice among competing values or desires, either the court condemns or condones the legislative action in question<sup>3</sup>.

This definition of "political" is thus of no use when trying to analyze court practice from the perspective of its degree of "politicization".

<sup>1</sup> R. Hodder-Williams. Six Notions of "Political" and the United States Supreme Court. *British Journal of Political Science*. Vol. 22, Issue 1 (1992), p 2.

<sup>2</sup> R. Hodder-Williams. Six Notions of "Political" and the United States Supreme Court. *British Journal of Political Science*. Vol. 22, Issue 1 (1992), pp 2-3.

<sup>3</sup> H. Wechsler. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harv. L. Rev.*, Vol. 73, No. 1 (1959), p 15

To overcome this difficulty, many legal scholars as well as political scientists are more used to present "political" as the antithesis of "legal". Much of the scholarly debate resting upon this assumption uses the term "political" to denote activities carried through outside the proper realm of judicial decision-making. These trying to draw that elusive line between law and politics have provided for two main ways of separating law from politics in constitutional adjudication.

The first and frequently used basis for claiming a constitutional judgment to be "political" rests upon the method of interpretation used by the constitutional court when deciding the case. According to many legal scholars, there exist interpretive methods that could be treated as "purely legal" as opposed to interpretive theories, which are value-laden and thus overtly political. Inescapably political in view of authors in favour of this approach are teleological theories, especially the objective-teleological theory and argument from substantive reasons, which takes account of general principles and values prevalent in the given political unit. By the same token, "political" are said to be these dimensions of judging, which give considerable weight to the calculations of consequence, i.e. dimensions that take into account the influence of the decision upon the outer world or its accordance with the political realities<sup>4</sup>.

Another example of "trespassing the boundaries of legal realm proper" in many authors' view would be invoking vague, open-ended and abstract constitutional principles like these of equality, freedom, and the rule of law, and giving them a theory-like character<sup>5</sup>.

To my mind, these two categories or basis for claiming a constitutional judgment as political are not adequate for the following reasons.

Presumption, that some interpretive techniques or arguments are more legitimate than others should be seriously contested - at least in modern theory of constitutional adjudication all the constitutional arguments, vague and abstract principles included, and interpretive methodologies are treated as equally legitimate, and cannot be ranked. Constitutions are made up of vague and open-ended provisions that cannot be applied in the all-or-nothing manner. The so-called classical interpretive theories like grammatical or systemic approach or resting upon the intentions of the founding fathers have been abandoned as insufficient.

Resting upon the same lines of argument, many scholars have attempted to find more sophisticated ways to differentiate between "legal" and "political", claiming that in some areas there is greater justification for judicial policy-making than in others. When making policy in these areas, courts

<sup>4</sup> R. Hodder-Williams. Six Notions of "Political" and the United States Supreme Court. *British Journal of Political Science*. Vol. 22, Issue 1 (1992), p 13.

<sup>5</sup> H. Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, 2000, p 63.

should not be accused of making political decisions. Strongly believing that every constitutional decision is political already by nature, this approach differentiates political from substantially political.

The first distinction drawn by the advocates of this approach delineates between substantial policy-making and making policy aimed at strengthening democratic process and citizen participation. In this regard, constitutional decisions touching upon questions like political representation or enhancing democracy are not to be properly regarded political as opposed to legal.

Another area, where the court has been accorded more extensive powers, is the protection of universally agreed civil liberties. From this perspective, implementing universally accepted human rights is not to be considered as substantial policy-making. From after of the Second World War, human rights have vigorously entered into the legal debate and become an integral part of the constitutional adjudication. Political as opposed to legal in this sense are still decisions, where, by turning to the need to protect human rights, morally or politically highly controversial questions like abortion, sexual orientation or euthanasia, or those touching upon the religious preferences or lifestyles of people are answered.

In addition, there is one special category of judgments turning down national policies, in case of which courts are quite unanimously believed to have entered into the realm of politics. This is the sphere of the so-called transitional or reform issues. These highly complex economic and political issues are traditionally believed not to be suitable for resolution within a purely judicial framework, as many of these are highly path-dependant and context-specific. According to prevailing view, courts are simply not well-equipped to deal with such complex issues of far-reaching economic and political reform as they are to decide on the legitimacy of rules that are aspects of complex systems. In invalidating a single rule, they may produce unfortunate systemic effects with unanticipated bad consequences. Lon L. Fuller labels that category of decisions as being polycentric<sup>6</sup>.

## **2. „Political“ decisions in the practice of the Supreme Court of Estonia**

Applying the aforementioned criteria of substantial policy-making to the practice of the Supreme Court of Estonia, it appears that the court has been rather reluctant to have its say in political questions properly so called.

The Supreme Court has twice made a decision on the constitutionality of turning down electoral unions at local government elections, finding that the prohibition was contrary to the Estonian Constitution. Both decisions

<sup>6</sup> L. L. Fuller. *Forms and Limits of Adjudication*. 92 Harv. L. Rev. (1978), p 395.



posed a heated debate in the Estonian society and brought about severe accusations in intruding into politics. Applying the criteria of enhancement of democratic process and citizen participation - at which enabling of electoral unions to take part of the local elections is undoubtedly aimed - these decisions cannot be ranked as political as opposed to legal.

The Estonian Supreme Court has never ruled on the termination of pregnancy, prohibition of euthanasia, constitutionality of the same-sex marriage, or other highly controversial matters.

There still is one late decision of the Estonian Supreme Court<sup>7</sup>, where the court sitting en banc found that the provision of the Law on Succession regulating the compulsory portion of the bequeath should be read as not extending to those relatives of the deceased who have attained pension age but are factually capable of working for their living. For many years, this provision had been treated as applicable to all pensioned people, regardless of their capability to work. By turning upside down the prevailing interpretation, the court obviously involved in making substantial social policy.

Another highly political decision of the Estonian Supreme Court regards making substantial criminal policy<sup>8</sup>. In that case, the court found that the constitutional right to a lesser punishment also extends to persons who are already serving their sentences pursuant to judgment. As many proponents of the decision have pointed out, the state should not be put under the obligation to review all the punishments of persons who are serving their sentences pursuant to judgments entered into force, because this would make any further mitigating penal reform to be proposed by the lawgiver highly improbable because of the burden it imposes on the court system of the country. Furthermore, the right of the persons who are serving their sentences pursuant to judgments entered into force is not a universally accepted human right. Neither the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms nor the application practices thereof ensures such a right.

As to the reform decisions, the Estonian Supreme Court has lately stressed the specific context of the broad social and economic reforms, taking a restraintist rather than an activist path in that question. In its judgment dating from 18 March 2005, the General Assembly (The Supreme Court sitting *en banc*) of the Estonian Supreme Court stated: "The legislator has a wide discretion for the protection of public interests upon transforming ownership relationships in the course of a wide-scale reform. The legislator is entitled to decide on essential expropriations and establish special means of compensation, fair from the aspect of transformation of relation-

<sup>7</sup> 22 February 2005 judgment of the Supreme Court en banc No 3-2-1-73-04. Available in English at <http://www.nc.ee/english/>.

<sup>8</sup> 17 March 2003 judgment of the Supreme Court en banc No 3-1-3-10-02. Available in English at <http://www.nc.ee/english/>.

ships in society, which do not need to guarantee total compensation of market value to the owner of property. In the present case the legislator, after having weighed the matter, has come to the conclusion that a fair compensation to co-operative, state co-operative and non-profit organisations for the dwellings subject to expropriation through fulfilling the obligation to privatise would be payment in PV-s [privatization vouchers] [...]. The general assembly has no reason to doubt the result of the weighing<sup>9</sup>.

Thank You for Your attention.

## РЕЗЮМЕ

Конституционные суды часто подвергаются осуждению за принятие политических решений или вмешательство в дела законодателей. Особенно, конституционные суды встают лицом к лицу с такими вопросами, которые по своей сути являются "политическими", поскольку включают выбор между противоборствующими ценностями и целями, и Суд либо принимает решение по данному вопросу либо отклоняет его. Политический характер некоторых решений Конституционного суда обусловлен методами, используемыми им для толкования.

Многие правоведы полагают, что существуют методы толкования, которые воспринимаются как чисто правовые и этим противоречат теориям толкования, имеющим степени оценки ценности, тем самым они являются явно политическими. Неизбежны политические взгляды авторов в пользу такого подхода к теологическим теориям, особенно к объективно-теологической теории и аргументам, доказывающим, что эти теории являются доминирующими.

"Пресечением границ правового царства", согласно многим авторам, является также признание неопределенности, неоконченности и абстрактности таких принципов, как равенство, свобода и верховенство права, таким образом, придавая им теоретический характер.

Есть особая категория суждений, которые отвергают национальную политику в том случае, когда суды единогласно верят, что перешли границы "царства политики". Это сфера так называемых переходных или реформных вопросов.

Это очень сложные экономические и политические вопросы, которые традиционно признаются не имеющими решения с юридической точки зрения, поскольку многие из них носят частный характер и являются специфичными.

<sup>9</sup> 18 March 2005 judgment of the Supreme Court en banc No 3-2-1-59-04. Available in English at <http://www.nc.ee/english/>.

Верховный Суд Эстонии дважды принимал решения о неконституционности отказа в формировании избирательных блоков при выборах в органы местного самоуправления, считая, что подобное запрещение противоречит Конституции Эстонии. Оба эти решения стали причиной дискуссий в эстонском обществе и обвинений во вмешательстве в политику. Эти решения, принимающие за основу критерий укрепления демократического процесса и участия граждан, содействующие участию общественных организаций в выборах в органы местного самоуправления, не могут считаться ни политическими, ни противозаконными.

Другое политическое решение Верховного Суда Эстонии относится к вопросам уголовной политики. В этом случае Суд установил, что конституционное право устанавливает, что установление меньшего срока наказания распространяется и на уже осужденных лиц. Как отмечают многие сторонники этого решения, Правительство не должно принуждать к пересмотру сроков осуждения этих лиц, так как это может замедлить процесс реформ в области наказания, поскольку возложит на судебную систему страны большой груз. Более того, права лиц, осужденных по действующим законам, не являются всеобщепризнанными правами человека. Ни Европейская конвенция по правам человека, ни существующая практика не устанавливают такое право.



# THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY WITHIN THE JURISDICTION OF THE REPUBLIC OF LATVIA CONSTITUTIONAL COURT

*AIVARS ENDZINS*

*President of the Constitutional Court of the Republic of Latvia*

## **Honourable ladies and gentlemen!**

During the almost nine years of its activities the Republic of Latvia Constitutional Court has reached 80 judgments. Almost every fourth of them *expressis verbis* mentions the principle of legal certainty. The above figure testifies that the principle of legal certainty has played an important role in the jurisdiction of the Constitutional Court.

At the same time it should be stressed that "in the background" the principle of legal certainty is being enlarged upon in every Constitutional Court judgment, in which the Constitutional Court declares the impugned norm as unconfordable with the legal norms of higher legal force. Namely, this principle is of conclusive importance when taking the decision on the moment of the legal norms losing their validity.

Thus the principle of legal certainty is a really important instrument in the activities of the Constitutional Court.

\*\*\*

I have addressed the listeners from this same platform, stating that the Republic of Latvia Constitutional Court has been the very first Latvian court, which has made use of general legal principles as the source for their judgments. Initially it caused failure to understand and even indignation of several Latvian lawyers; however, at the present moment nobody doubts that the general legal principle are significant legal sources.

\*\*\*

One has to admit that the essence of the principle of legal certainty has been gradually disclosed and interpreted by the Constitutional Court as much as it was necessary to substantiate the decision in any concrete matter. At the beginning it was done with circumspection, later - more extensively and profoundly.

\*\*\*

For the very first time the Constitutional Court interpreted the essence of the principle of legal certainty in its June 10, 1998 judgment<sup>1</sup>. The matter

was dedicated to the right of the politically repressed persons of receiving compensations. It was declared that the impugned Regulations by the Cabinet of Ministers were unconfordable with the law and Article 59 of the Republic of Latvia Satversme (Constitution).

The Constitutional Court stressed: "Any law-based state acknowledges the principle of trust in law. The principle determines that state institutions shall be consistent in their activities as regards normative acts passed by them, they shall take into account trust in law, which could arise on the basis of a specific normative act".

The Constitutional Court concluded that "The politically repressed persons trusted the procedure established already in 1988 by which property was restituted or its value compensated. These persons planned their future, being aware of the rights, endowed by certain normative acts, the fundamental statements of which up to April 23, 1996 were as follows:

- 1) the application shall be submitted not later than 3 years after the Resolution to consider deportation as unfounded was adopted;
- 2) the application shall be reviewed even after that time, if the time limit has been exceeded because of justified reasons;
- 3) buildings and other property shall be restituted, but if it is not possible -their value shall be compensated in cash.

Because of Resolutions No.148 and 367, passed by the Cabinet of Ministers, part of the politically repressed persons were denied the right of retrieving illegally confiscated property or receiving compensation for it as anticipated by law. Thus, the principles of justice and legal certainty have been violated".

Almost a year after that a new judgment followed the above one, in which the Constitutional Court had to protect the rights of the politically repressed persons, when reviewing the conformity of the Cabinet of Ministers Regulations with the legal norms of higher legal force.

The Constitutional Court stressed that the norms of the law shall be interpreted systemically, taking into consideration the fact that "Article 1 of the Satversme (Constitution) of the Republic of Latvia, determines, that Latvia is an independent, democratic Republic". And the following general legal principles: the principle of a law-based state, the principle of justice and

---

<sup>1</sup> Judgment of the Constitutional Court in the case No.04-03 (98) "On Conformity of the Cabinet of Ministers 23. April, 1996 Resolution No.148 "On the Procedure by which the Property is Restituted or its Value is Compensated to the Persons, whose Administration Deportation from the Territory of the Latvian SSR or from the Part of the Territory of the Latvian SSR that Has Been Incorporated into the RSFSR is Recognized Unfounded" and the Cabinet of Ministers 4. November, 1997 Resolution No. 367 "Amendments to Regulations No. 148 of April 23, 1996" with the Law "On the Determination of the Status of Politically Repressed Persons Suffered during the Communist and Nazi Regimes", June 10, 1998.

trust in law result from the Article. In compliance with the general legal principles, the politically repressed persons believed in stability of the Law "On the Determination of the Status of Politically Repressed Persons Suffered During the Communist and Nazi Regimes", especially in stability of the legal norm envisaged by Article 9 of the Law. They trusted that no special date for being granted the status of a politically repressed person should be fixed. They trusted that offence and injustice will be compensated in accordance with the law."

\*\*\*

As concerns social security the Constitutional Court for the first time interpreted the principle of legal certainty in its March 19, 2002 Judgment<sup>2</sup>. At the Court session, reviewing this matter, the Saeima (Parliament) representative inter alia stressed that "the principle of legitimate trust cannot be completely absolute".

The Constitutional Court referred to the viewpoint expressed in former judgments and additionally pointed out:

"In his/her turn, in compliance with the above principle, the individual may rely on the constancy and invariability of a legitimately passed legal norm. He/she may plan his/her future taking into consideration the rights the norm has endowed.

The functioning of the principle of legal certainty depends on the fact whether the person's trust in the legal norm is legitimate, well-grounded and reasonable, in its turn, the legal regulation on its essence should be reasonably definite and constant, so that one could trust in it.

Old age pensions belong to the sector of state social policy, which is to be long-termed and stable. Social policy is connected with the certain state support and protection for persons, who need it, therefore the trust in law in this sector shall be protected".

The Constitutional Court stressed that "The Saeima, deviating from the initially guaranteed rights without evaluating the conformity of the challenged norm with the principle of legal certainty, has created the feeling of insecurity in the society.

\*\*\*

In its March 25, 2003 Judgment the Constitutional Court expressed its viewpoint on the bounds of the activity of the legal certainty principle<sup>3</sup>. The Constitutional Court concluded:

<sup>2</sup> Judgment of the Constitutional Court in case No. 2001-12-01 "On Compliance of Paragraph 26 of the State Pension Law Transitional Provisions with Articles 91 and 109 of the Satversme (Constitution), March 19, 2002.

<sup>3</sup> Judgment of the Constitutional Court in case No. 2002-12-01 "On the Compliance of the Article 12 (Item 3 of the first Part) of the Law "On Land Reform in the Republic of Latvia Cities" with Articles 1 and 105 of the Republic of Latvia Satversme", March 25, 2003.

"Neither Article 1 nor Article 105 of the Satversme anticipates prohibition of incorporating such amendments into legal regulation, which comply with the Satversme. However, in a democratic state the principle of legal certainty requires envisaging a considerate transition to a new regulation when adopting the above amendments. Reasonable terms shall be established or due compensation for the incurred losses shall be envisaged, i.e. - if the former land owners or their heirs have started the process of regaining the property before the challenged norm taking effect and if they have invested certain resources in it.

When passing the challenged norm the legislator has not envisaged such a regulation. However that does not forbid the court of general jurisdiction, when reviewing concrete cases, to apply the legal principles, following from the Satversme".

\*\*\*

In its March 9, 2004 Judgment<sup>4</sup> the Constitutional Court had to solve an interesting problem: The Jurmala city Dome (Municipality), when protecting its rights, referred to the principle of legal certainty. Only later the Dome specified that the principle of legal certainty shall be applied to private persons and not the municipality of Jurmala. In its Judgment the Constitutional Court concluded that the main function of the above principle is to protect a private person from ungrounded use of public power and it shall be applied only as far as the specifics of public law subjects permit it. The submitter reasonably points out that the principle of legal certainty as concerns the legal relations of the above dispute protects the individuals, who - trusting in the lawfulness of the terminated Dome Regulations - have performed certain activities.

\*\*\*

In October of 2004 -on the basis of several claims by different courts, which reviewed concrete matters on the issues of pensions - the Constitutional Court reached the Judgment<sup>5</sup> which touches upon the principle of legal

<sup>4</sup> Judgment of the Constitutional Court in Case No. 2003-16-05 "On the Compliance of the Minister of Regional Development and Municipal Affairs May 27, 2003 Order No. 2-02/57 on Suspension of the Enforcement of the Jurmala City Dome October 24, 2001 Binding Regulations No. 17 "On the Jurmala Detailed Land Use Plan for the Territory Between the Bulduri Prospect, Rotas Street and 23-25 Avenues"; the Minister of Regional Development and Municipal Affairs June 2, 2003 Order No. 2-02/60 on Suspension of the Enforcement of the Jurmala City Dome October 9, 2002 Binding Regulations No. 10 "On the Confirmation of the Detailed Land Use Plan for the Public Center "Vaivari" as well as the Minister of Regional Development and Municipal Affairs Order No. 2-02/62 on Suspension of the Enforcement of the Jurmala City Dome November 7, 2001 Binding Regulations No. 18 "On the Confirmation of the Detailed Land Use Plan for the Plot Bulduri 1001, Jurmala" with Article 1 of the Republic of Latvia Satversme"; March 9, 2004

<sup>5</sup> Judgment of the Constitutional Court in Case No. 2004-03-01 "On the Compliance of Article 30 (Parts five and six) of the Law "On State Pensions" with Articles 1 and 91 of the Republic of Latvia Satversme (Constitution)"; October 25, 2004.

certainty. Two different norms were contested in the matter.

In its Judgment the Court referred to several Judgments of the European Court of Justice (case C-63/93 "Duff and Others v. Minister for Agriculture and Food, Ireland, and the Attorney General"[1996], ECR 1-0569, Item 20; case C-22/94 "Irish Farmers Association and others v. Minister for Agriculture and Food, Ireland and the Attorney General" [1997], ECR 1-01809, Item 19 and case C-177/90 "Ralf-Herbert Kahn v Landwirtschaftskammer Weser-Ems"[1992], ECR 1-00035, Item 14) and stressed that "It is necessary to establish whether the legislator has anticipated such a right, as the individual may refer to the principle of legitimate trust only in case if the legal regulation, earlier determined by the legislator, has created basis for legitimate expectation".

As concerns one of the contested norms the Constitutional Court concluded that "Taking into consideration the fact that the former legal regulations have not determined the right to granting pensions anew to persons, the Amendments, made by the legislator in the fifth Part of Article 30, are not at variance with the principle of protection of legitimate expectations, as this principle may protect only such rights, which have been once determined to a person".

In its turn the second of the impugned norms was declared as unconfirmable with the principle of legal certainty. The Constitutional Court referred also to the Republic of Lithuania July 12, 2001 Judgment in which the Court of the neighboring State had stressed: "the principle of legal security (legitimate trust) anticipates that legal regulation may be amended only in pursuance with an earlier established procedure and without violating the principles and norms of the Constitution as well as observing the legal interest of the person and his/her legitimate expectations"<sup>6</sup>.

Simultaneously the Constitutional Court pointed out that "the principle of legitimate trust among other things determines also the fact that the rights, once acquired by an individual, cannot exist for an unlimited time. Namely, this principle does not serve as the basis for expectation that the once determined legal situation will never change. Essential is the fact that the principle of legitimate trust secures for the individual the legal protection only for the transitional period, determined by the legislator. The principle of legitimate trust does not guarantee for the individual a continual status quo, i.e. it does not bestow upon the individual the right to a constant exceptional situation in the new legal regulation".

\*\*\*

I would like to mention that a funny case took place a, concern, the principle of legal certainty In a matter, which was on the issues of remuneration of the expenses of the Saeima deputies, the Saeima representative, making reference to the principle of legal certainty, stressed that the elect-

<sup>6</sup> See Rulings and Decisions of the Republic of Lithuania Constitutional Court No. 17; Vilnius: Constitutional Court of the Republic of Lithuania, 2002, pp. 33-34.



ed representatives of the people were in a specific situation and should be trusted"<sup>7</sup>. Naturally, such an interpretation of the principle of legal certainty was not upheld by the Constitutional Court.

\*\*\*

As I have already mentioned the principle of legal certainty is of importance also in another aspect. The Constitutional Court assesses the concrete situation in every judgment, which declare, that an impugned norm is unconformable with the legal norms, of higher legal force.

\*\*\*

The law establishes that in cases if the Constitutional Court declares a norm as unconformable with a norm of higher legal force, the Constitutional Court shall declare it as invalid. However, the Constitutional Court Law envisages freedom of action as concerns the issue of declaring the term of the norm becoming invalid. The third Part of Article 32 of the Constitutional Court Law envisages: "(3) Any legal norm (act), which the Constitutional Court has determined as incompatible with the legal norm of higher force shall be considered invalid as of the date of publishing the judgment of the Constitutional Court unless the Constitutional Court has ruled otherwise".

The Constitutional Court has ruled "OTHERWISE" almost in every second of its judgments. In many cases "OTHERWISE" has meant that the impugned norms lose their validity from the moment of their issuance. But there have been also cases when it has been ruled "OTHERWISE" referring to some moment in the future.

When making the decision on unconformity of the impugned norm (act) with the legal norm of higher force and taking the decision on the moment from which the contested norm shall lose validity, any concrete situation is discussed also from the viewpoint of legal certainty.

\*\*\*

For the first time the Constitutional Court in the above connection referred to the principle of legal certainty already in its fourth judgment<sup>8</sup>. Joint

<sup>7</sup> Judgment of the Constitutional Court in Case No. 2001-06-03 "On Compliance of Items 4, 5, 6, 7, 8 and the First Sentence of Item 9 of the Saeima Presidium February 28, 2000 Regulations "On the Procedure of Compensating Expenses Occurred to the Deputies while Exercising their Authority" with Article 91 of the Republic of Latvia Satversme"", February 22, 2002.

<sup>8</sup> Judgment of the Constitutional Court in Case No. 04-05 (97) "On Conformity of the Joint Interpretation by the Ministry of Finance (No. 047/475 Certified on April 30, 1993) and by the Ministry of Economic Reforms (No. 34-1.1-187; Certified on May 4, 1993) "On Revaluation of Fixed Assets by Enterprise and Entrepreneur Company Accountancy"" and Interpretation by the Ministry of Economy No. 3-31.1-231 of December 28, 1993 "On the Procedure of Application of the Joint Interpretation by the Ministry of Finance and the Ministry of Economic Reforms "On Revaluation of Fixed Assets by Enterprise and Entrepreneur Company Accountancy"" with the Law "On the Procedure of Privatization of Objects (Enterprises) of the State and Municipal Property" as well as Other Laws""; March 11, 1998.

Interpretation by the Ministry of Finance and by the Ministry of Economic Reforms, which these Ministries had issued by exceeding their authority, was declared as unconfomable with the legal norms of higher force. The submitter of the claim - the Council of the State Control - requested to declare it as invalid as of the moment of its issuance. In its turn the Constitutional Court decided to declare the impugned norm as invalid from the moment of the announcement of the Judgment. In its judgment the Constitutional Court stressed:

"While discussing about the date from which the debated normative acts could be declared null and void, the Constitutional Court considered the following principles: the principle of justice, the principle of legality, the principle of separation of power and the principle of legal certainty. When comparing significance of the above principles, of really essential importance are the following elements of legal certainty: influence of retrospective force of the verdict on public and private interests; longevity of legal relations, established on the basis of the Joint Interpretation; possible changes in the legal status of the subjects to be privatized who trusted in legality of the Joint Interpretation, the Interpretation of December 28, 1993 and others".

\*\*\*

One of the most interesting matters, which created the Constitutional Court court-law in the very first years of its activities was the case<sup>9</sup> on the compliance of the Law "Amendments to the Law "On Maternity and Sickness Benefits"" with the second Part of Article 66 of the Republic of Latvia Satversme (Constitution). Article 66 of the Satversme stipulates that if the Saeima passes a resolution involving expenditure not foreseen in the Budget, it should specify in this resolution the sources of revenue with which to meet such expenditure. The submitter of the claim - the Cabinet of Ministers - held that the legislator has violated Article 66 of the Satversme as it has enlarged the scope of persons entitled to receive maternity benefit, not envisaging funding for it.

The Constitutional Court concluded that there was a violation of the requirements of the second part of Article 66 of the Satversme. Simultaneously the Constitutional Court stressed: "When making a decision on the time from which the disputable legal norm shall be declared null and void, it should be taken into consideration that in accordance with

---

<sup>9</sup> Judgment of the Constitutional Court in Case No.01-05 (98) "On Conformity of the Norm established by the Second Part of Article 4 of the Law "On Maternity and Sickness Benefits"- that on June 19, 1998 Was expressed in a New Wording in Article 8 of the Saeima Law "Amendments to the Law "On Maternity and Sickness Benefits"" with Article 66 of the Republic of Latvia Satversme (Constitution); November 27, 1998.

Article 89 of the Satversme, the State acknowledges and protects the basic right of a person to social insurance (security). Besides, in compliance with the principle of trust in law, the socially not insured persons trusted in legality and stability of the disputable legal norm."

The Constitutional Court declared the contested law as not being in compliance with Article 66 of the Satversme and null and void from the moment of the law "On the State Budget for 1999" taking effect, if the State Budget for 1999 does not envisage resources for covering the payment of maternity benefits to the persons indicated in the second part of Article 4 of the Law "On Maternity and Sickness Insurance", even though the submitter of the claim requested declaring the impugned norm as null and void from the moment of its issuance.

\*\*\*

Approach established in the above matters is still topical in the Constitutional Court judgments; however in the text of more recent judgments it is less noticeable expressis verbis. During the practice of the last few years the Constitutional Court is guided by the approach that the decision of the

Constitutional Court as concerns the moment from which the impugned norm loses validity shall be substantiated only in special cases. However, in all cases the Constitutional Court, when taking the decision, takes the principle of legal certainty into consideration.

## РЕЗЮМЕ

Надо признать, что принцип правовой определенности постепенно принимался и толковался Конституционным Судом настолько, насколько было необходимо для принятия решения по конкретному делу. Впервые Конституционный Суд толковал сущность принципа правовой определенности в решении от 10 июня 1998 г. Дело относилось права получения компенсации политически репрессированными лицами. Спустя год последовало новое решение, в котором Конституционный Суд был вынужден защищать права политически репрессированных лиц, когда рассматривал соответствие постановлений Кабинета министров правовым нормам, имеющим высшую юридическую силу. Конституционный суд отметил, что нормы законы должны толковаться систематически, учитывая тот факт, что "согласно статье 1 Сатверсме (Конституции) Республика Латвия является независимой демократической республикой". И такие общие правовые принципы, как принцип государства, основанного на законе, принцип справедливости и доверия закону, вытекают из этой статьи. Что касается социального

обеспечения, то Конституционный Суд впервые толковал принцип правовой определенности в решении от 19 марта 2002г. На заседании Суда, во время которого рассматривалось это дело, представитель Сейма (Парламента) *inter alia* отметил, что принцип "лигитимности доверия не может быть полностью абсолютным".

В решении от 25 марта 2003 г. Конституционный Суд отметил свою точку зрения относительно пределов действия принципа правовой определенности. Закон устанавливает, что в тех случаях, когда Конституционный Суд признает норму не соответствующей норме, имеющей высшую юридическую силу, то признает ее недействительной. Тем не менее Закон о Конституционном Суде закрепляет свободу относительно вопроса о признании положения нормы недействительной.

На протяжении практики последних лет Конституционный Суд руководствуется таким подходом, согласно которому решения Конституционного Суда относительно потери нормой силы обосновываются только в особых случаях. Тем не менее во всех случаях Конституционный Суд, принимая решения, учитывает принцип правовой определенности.



## ROLE OF THE CONSTITUTIONAL PROCESSES IN POST-SOVIET TRANSFORMATION

**TIGRAN TOROSYAN**

*Vice-President of the National Assembly of the Republic of Armenia*

*Constitutional reform is inevitable,  
rather complicated at the same time and often impossible.*

***Osiatynski V.***

In 1989 all countries of Post Soviet transformation adopted new constitutions and some of them have already amended them. In 2003-2004, when these countries were divided in several groups in the result of political processes, the constitutional reforms again came to the fore again. All those countries that passed through so called "coloured" revolutions either have serious problems with reforming the constitution, or are already in the process of constitutional reforms. Not only because in the race for power these revolutions were realized through violating the existing constitutions<sup>1</sup>. Perhaps unfavourable state of constitutional reforms became one of the fertile grounds for revolutionary situation. In post-Soviet transformation developments different factors are observed that influence the developments of the process of determining the vector of these developments. Within these factors, the influence of constitutional process is the lesser studied.

After the collapse of the Soviet Union, the commenced transformation was absolutely new phenomenon, for study and effective specification of which, it was needed modulate, discover the set of factors and regularities influencing that process, develop theoretically founded and practically tested standards for regime changes, which will allow to check up the orientation of the events - whether they are transformation of one regime to another or they are inter-regime changes; what kind of specifications should be done to provide desirable orientation and course for these transformations? The matter itself is very complicated because of multi-measurement of the democracy and multi-vector character of the development and naturally when analyzing that phenomenon first approach it was attempted to apply the political theories and approaches on transition from authoritarian regimes and consolidation of new democracies based on the experience of the countries of Eastern Europe and Latin America. Still today the debates are going on to find out whether these two phenomena are the components of one global phenomenon, or at least have essential differences, or they

<sup>1</sup> Torosyan T., Vardanyan A., "Where do "coloured" revolutions lead?" Public Governance, 2005, N5.

are substantially different in their development regularities, doctrines and theories<sup>2</sup>. However, the studies during 15 years allowed formulating approaches, postulates and hypotheses, which enable to a certain extent to detect regularities, the logic of developments and main factors. According to those analyses it was attempted to classify Central and Eastern Europe and ex-Soviet Union countries which are participants of this process<sup>3</sup>. Liberal economic reforms, forms of relations ("agreement", "compulsory", "revolutionary", "reorganization") between governing groups and their rivals, the "health" state of democracy in those countries were taken as a basis for these classifications. These classifications underline different prerequisites of transformation and later developments showed that for detecting regularities it is not efficient to consider them as main factors. However, the need of detecting main factors remains important scientific and application issue, as the main objective of such studies should be the formation of the unified set of such factors, the realization of which will provide transition from authoritarian regimes to stable democracy, or which could explain the regularities of such a transition. During 15 years of transformation, the political sciences suggested a range of approaches and models to study post soviet transformation, the general logic of especially succeeded transitions, similar consecutiveness of events, actions and processes have been detected<sup>4</sup>.

The first works of transitology were already right in formulating three main preconditions of the regime changes - liberalization in the broad sense (not only economic), formation of civil society or reestablishment, and, in conditions of the last - organization of free and fair elections<sup>5</sup>. The major part of the independent states that emerged in the result of the collapse of the Soviet Union chose the way of electoral democratization. Indeed, the application of the universal suffrage is an important democratic indicator but still it is not a guarantee for the existence of the civil society, where the law prevails. More complete picture of the situation is created by integral indicators, particularly the group in Table 1<sup>6</sup>, applied by "Freedom House"

<sup>2</sup> Carl T.L., Schmitter F. -Democratization: concepts, postulates, hypotheses. Polis, 2004 N4

<sup>3</sup> Bunce V. Comparative Democratization: Big and Bounded Generalizations. Comparative Political Studies, 2000, vol. 33, No 6-7

McFaul M. The Fourth Wave of Democracy and Dictatorship. Non-cooperative Transitions in the Post communist World. World Politics, January, 2001.

Makarenko B.I. Consolidation of Democracy: "child diseases" of post soviet states. Politics, 2002/2003. No 4(rus.)

<sup>4</sup> Melville A. "On trajectories of post-communist transformations". Polis, 2004 No 3. (rus.)

<sup>5</sup> Karl T.L., Schmitter F. Democratization: concepts, postulates, hypotheses. Polis, 2004, No 4.(rus.)

<sup>6</sup> Karatnycky A., Motyl A., Handelman S. (eds). Nations in Transit 2005. Democratization from Central Europe to Eurasia. Washington, D.C., Freedom House, 2005 (<http://freedomhouse.org/research/nattransit.htm>)

in preparing annual chronicles on "Nations in Transit" and characterizes the post soviet transformation countries according to the state of their democratization and respect for law and represents data on the country on these two main parametres and some of their components. It is worth of attention, that the ratings of constitutional and legislative frameworks are selected as one of the two characterizing components for respect of law. Moreover, the constitutional frameworks have great importance from the aspect of the democratic components.

Of course, the approach applied by "Freedom House" needs additional motivations. Particularly having 1 coefficient equal to the rating constituting components, or being necessary and sufficient of the each of selected components it is not absolutely obvious. However, the indicators generally reflect truly the situation or at least those qualitative developments, which have been recorded during post soviet transformation.

***State of the democratic processes in the countries of the post soviet transformation in 2004.***

*Table 1*

Country	EP	CS	IM	GPA	DEM	CLF	CO	ROL	DEM-97	ROL-97
Poland	1,75	1,25	1,50	2,50	1,75	2,00	3,00	2,50	1,45	1,88
Slovenia	1,50	1,75	1,50	2,00	1,69	1,50	2,00	1,75	1,95	1,75
Lithuania	1,75	1,50	1,75	2,50	1,87	1,75	3,75	2,75	1,95	2,88
Estonia	1,50	2,00	1,50	2,25	1,81	1,50	2,50	2,00	2,05	2,75
Hungary	1,25	1,25	2,50	2,00	1,75	1,75	2,75	2,25	1,50	2,13
Latvia	1,75	1,75	1,50	2,25	1,81	1,75	3,50	2,62	2,15	2,88
Slovakia	1,25	1,25	2,25	2,00	1,69	2,00	3,00	2,50	3,65	3,88
Czech Rep.	2,00	1,50	2,00	2,50	2,00	2,50	3,50	3,00	1,50	2,50
Bulgaria	1,75	2,75	3,50	3,50	2,87	3,25	4,00	3,62	3,55	4,25
Croatia	3,00	3,00	3,75	3,50	3,31	4,50	4,75	4,62	4,25	5,00
Romania	2,75	2,25	4,00	3,00	3,00	4,00	4,25	4,12	3,85	4,25

Country	EP	CS	CS	GPA	DEM	CLF	CLF	CO	ROL	ROL-97
Yugoslavia	3,25	2,75	3,25	4,00	3,31	4,25	5,00	4,62	4,90	–
Albania	3,75	3,25	4,00	4,25	3,81	4,50	5,25	4,88	4,75	5,63
Macedonia	4,50	4,00	3,75	4,25	4,13	4,75	5,50	5,13	3,95	4,75
Moldova	3,50	4,00	4,50	4,75	4,19	4,00	6,25	5,13	4,00	5,00
Georgia	5,00	4,00	3,75	5,00	4,44	4,25	5,50	4,88	4,55	4,88
Armenia	5,75	3,50	5,50	5,00	4,94	5,25	5,75	5,50	4,80	5,38
Bosnia	3,25	3,75	4,00	4,75	3,94	4,25	4,50	4,38	5,35	6,00
Ukraine	3,50	3,00	4,75	5,00	4,06	4,25	5,75	5,00	4,25	5,00
Russia	6,00	4,75	6,00	5,75	5,62	5,25	5,75	5,50	4,10	5,25
Kyrgyzstan	5,75	4,50	5,75	5,50	5,38	5,25	6,00	5,63	4,70	5,25
Azerbaijan	6,25	4,75	6,00	6,00	5,75	5,75	6,25	6,00	5,55	5,75
Belarus	7,00	6,75	6,75	6,75	6,81	6,75	6,00	6,37	6,20	5,75

*The ratings are prepared for 2004. The highest rate is 1, the lowest rate is 7.*

*Democracy (DEM) = is the average rating for Political Process (PP), Civil Society (CS), Independent Media (IM) and General Public Administration (GPA).*

*Respect of Law = average rating for constitutional and legislative framework and corruption (CO). In order to have the picture of the transformation the last two columns contain information of 1997.*



In addition, if until 2003 the three degree system (established democracies, governments in transition, established autocracies) of classification was applied for summary rating of democratization, which are based on quantitative assessments, then since 2004, following the tendencies of the developments, the countries are divided into 5 groups: established democracies (1-3 points), semi-established democracies (3-4 points), countries in transition (4-5 points), autocratic countries (5-6 points), established autocrats (6-7 points) and the governments in transition are divided into three sub-groups. The established democracies presume<sup>7</sup> growth of democracy from the minimum level - establishment of democratic institutes and traditions to the superior level - establishment of democracy in behaviour, value, and political, social, economic, international dimensions. More detailed division of classification applied especially for the countries characterized before by a general wording as "countries in transition", testify once again the allegation, that the post-Soviet transformation entered the second stage<sup>8</sup>, when the future faith of the unstable and provisional "governments in transition" should be determined. It is not by chance that the name "transitional" is preserved only for a narrow domain and the other two sub-groups are characterized by the names of two stable groups. In Diagram 1, which is based on data given in the Table 1, the state of countries of post soviet transformation are reflected according to the form of their government system. Taking into consideration the course and the pace of the transformation, it is possible to foresee, that the second stage of the post soviet transformation will last not more than 3-4 years. The classification by "Freedom House" is interesting also from another aspect too. The group of established democracies still in 2000 contained such countries (Poland, Hungary, Slovakia, Slovenia, Czech Republic, Baltic countries), which had prewar experience of democratization and liberalization: it had been recorded indicators essentially different from other countries, are more rapid in their way to democratization and where this process is irreversible<sup>9</sup>. Moreover, exactly these countries a year ago acceded to the European Union and proved in practice higher assurance of classification. From the other hand, candidate countries to the European Union are in the sub-group of semi-established democracies (Bulgaria, Romania, and Croatia). It is not less interesting, that according to that classification Yugoslavia, Bosnia and Albania are in their close neighborhood and which had great progress in the course of seven years.

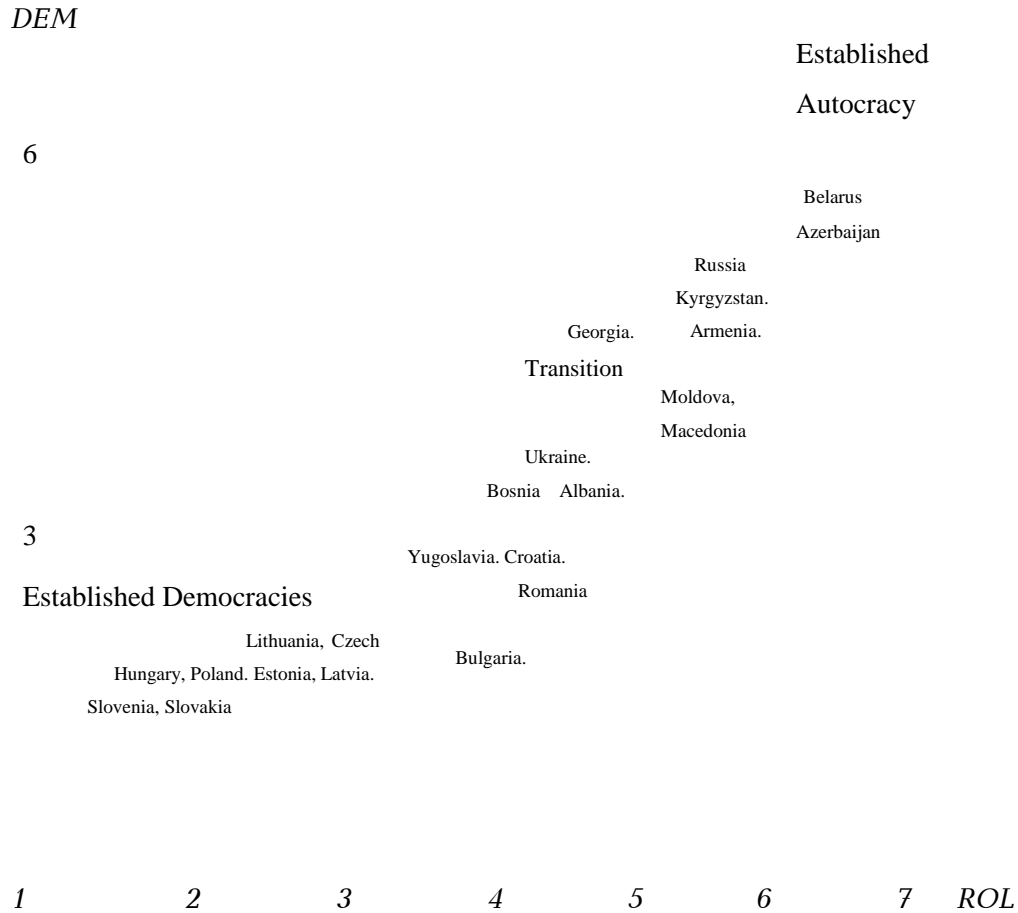
---

<sup>7</sup> Di Palma G. To Craft Democracies: Reflections on Democratic Transition and Beyond. 1990. Berkeley

<sup>8</sup> Torosyan T. Revision of the Paradigm of Post Soviet Transformation or second stage. Herald of the humanities. 2005, No 3.

<sup>9</sup> Dorn J. Norms of rights and freedoms in new democracies: concept of James Madison. Issues of Economy, 2003, No 6

Diagram 1



The state of countries on transformation according to the form of government, according to the classification by the chronicle "Nations in Transit - 2005"<sup>10</sup>.

As regards ex-Soviet Union Republics, little progress is recorded in Ukraine and Georgia (perhaps due to the color revolutions), little regress in Armenia and Moldova and significant regress in all other, in the result of which Belarus has a stable place in the group of "established autocracies" and Azerbaijan is close to this group.

The indicators, given in Table 2, on the development of Armenia during last seven years are very particular.

<sup>10</sup> Karatnycky A., Motyl A., Handelman S. (eds). Nations in Transit 2005. Democratization from Central Europe to Eurasia. Washington, D.C., Freedom House, 2005 (<http://www.freedomhouse.org/research/nattransit.htm>)

*Democratic developments in Armenia in 1997-2004.*

Table 2

Year	EP	CS	IM	GOV	DEM	CLJF	CO	ROL
1997	5,75	3,50	5,25	4,50	4,80	5,00	5,75	5,38
1998	5,25	3,50	4,75	4,50	4,50	5,00	5,75	5,38
1999	5,50	3,50	4,75	4,50	4,56	5,00	5,75	5,38
2000	5,50	3,50	4,75	4,50	4,56	5,00	5,75	5,38
2001	5,50	3,50	4,75	4,50	4,56	5,00	5,75	5,38
2002	5,50	3,50	5,00	4,75	4,56	5,00	5,75	5,38
2003	5,75	3,50	5,25	4,75	4,69	5,00	5,75	5,38
2004	5,75	3,50	5,50	5,00	4,81	5,25	5,75	5,50

If the indicator of democracy had been first improved and during last three years it got worse again, the assessments for constitutional and legislative frameworks are the same for seven years and in a very dangerous level, and for the last year a step backwards was recorded, under such circumstances. In case, when since 2002, in the framework of honouring of the obligations and commitments by Armenia before the Council of Europe<sup>11</sup>, the legislation was significantly improved. Perhaps it is possible to argue the completeness of this assessment, but from the other hand, it is obvious, that although the commitments did not suppose direct constitutional reforms, but the solution of a range of issues (revision of checks and balances between powers of state government system, reforms in judicial and local self government systems) is not possible without them and in this state of matters it is difficult to expect improved indicators. Moreover, taking into consideration the fundamental significance of the Constitution, one can suppose, that the maintenance of constitutional constraints for lasting is becoming reason for regress. It is very interesting the fact, that Armenia has rather different indicators in researches of another component of transition process - economic developments. Researches by "Freedom House" until 2001 contained also indicators on economic liberalization (ECON), which had three components: privatization (PR), macroeconomic (MA) and microeconomic (MI). According to the classification in 2001, Armenia had significant progress during four years (Table 3), exceeded the indicators of ex-Soviet Union countries, Albania, Macedonia, Bosnia and Yugoslavia.

<sup>11</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Opinion No 221 (2000). Armenia's application for membership to the Council of Europe.

*Economic developments in Armenia*

Table 3

Year	PR	MA	MI	ECON
1997	3,75	4,25	4,25	4,08
2000	3,25	3,50	4,00	3,58

The picture is the same according to another classification, published annually by the European Bank of Reconstruction and Development in its "Transition Report" that assesses the situation of the countries in transition according to four main parameters, where each of them is characterized by two or three sub-parameters. Particularly, in 2004 according to the "Transition Process Parameters"<sup>12</sup> Armenia has front-rank integral indicator among ex Soviet Union countries, which overcame the results of Bosnia, Macedonia, Yugoslavia and Albania and is very close to the candidate countries of the European Union (Romania, Bulgaria and Croatia). And according to the results of classification "Index Economic Freedom" for 2005<sup>13</sup> of the famous daily specialized in economics published jointly by "Heritage" Fund and "Wall Street Journal", Armenia's indicators are in compliance with the level of EU member countries. The classification is made according to the index based on ten main indicators (each of them has five auxiliary indicators). These indicators are:

- Commercial policy
- Fiscal load of the Government
- Government's intervention in economy
- Financial-loan policy
- Capital turnover and foreign investments
- Banking system and finances
- Salary and prices
- Property rights
- Regulation
- Activeness of informal market

According to this classification 161 countries of the world are divided into 4 groups: free economy, mainly free economy, mainly not free econ-

<sup>12</sup> EBRD. Transition report 2004. ([www.ebrd.org/pubs/index.htm](http://www.ebrd.org/pubs/index.htm))

<sup>13</sup> Mails Marc A., Feulner Edwin J., O'Grady Mary A. 2005 Index Economic Freedom. The Heritage Foundation/Wall Street Journal. 2005. Washington D.C. ([www.heritage.org/research/features/index/countries.cfm](http://www.heritage.org/research/features/index/countries.cfm))

omy and economies under pressure. The data of the European countries is given in Table 4. Eight EU member states are in the first group. Armenia is in the second group, along with other EU member states, even more, has better index, than France, Slovenia, Greece, Albania and Macedonia.

Croatia, Romania, Bulgaria, Bosnia, Moldova and Ukraine are in the third "mainly not free economies" group, and Georgia, Azerbaijan, Turkey and Russia are after hundred.

Obviously, the indicators of Armenia differ radically from two main components of transformation from the view point of democratic and economic developments, even more interesting is, that the success is in the direction of the development of free economy.

Table 4

<i>Country</i>	<i>Index</i>	<i>Place</i>	<i>Country</i>	<i>Index</i>	<i>Place</i>
<u><i>Free (1-1,99)</i></u>			<i>Czech Rep.</i>	2,36	33
<i>Luxembourg</i>	1,63	3	<i>Hungary</i>	2,40	35
<i>Estonia</i>	1,65	4	<i>Slovakia</i>	2,43	36
<i>Ireland</i>	1,70	5	<i>Portugal</i>	2,44	37
<i>Great Britain</i>	1,75	7	<i>Poland</i>	2,54	41
<i>Dania</i>	1,76	8	<i>Armenia</i>	2,58	42
<i>Iceland</i>	1,76	8	<i>France</i>	2,63	44
<i>Switzerland</i>	1,85	12	<i>Slovenia</i>	2,64	45
<i>Sweden</i>	1,89	14	<i>Greece</i>	2,80	59
<i>Finland</i>	1,90	15	<i>Albania Macedonia</i>	2,93	67
<i>Netherlands</i>	1,95	17		2,95	69
<u><i>Mainly free</i></u>			<u><i>Mainly not free</i></u>		
<i>(2-2,99)</i>			<i>(3-3,99)</i>		
<i>Germany</i>	2,00	18	<i>Croatia</i>	3,00	74
<i>Austria</i>	2,09	19	<i>Moldova</i>	3,06	77
<i>Belgium</i>	2,13	21	<i>Bosnia</i>	3,16	84
<i>Cyprus</i>	2,18	21	<i>Ukraine</i>	3,21	88
<i>Lithuania</i>	2,18	23	<i>Georgia</i>	3,34	100
<i>Italy</i>	2,28	26	<i>Azerbaijan</i>	3,38	103
<i>Latvia</i>	2,31	28	<i>Turkey</i>	3,46	112
<i>Malta</i>	2,33	29	<i>Russia</i>	3,56	124
<i>Norway</i>	2,33	29	<i>Romania</i>	3,58	125
<i>Spain</i>	2,34	31	<i>Belarus</i>	3,99	143

In the meantime, of course, it is known<sup>14</sup> that the development of both is not directly conditioned by each other. There are not democratic states which have serious success in economy. But such a choice is excluded for Armenia given the geopolitical and geographic location of the country, culture, mentality of the society and aspirations. More, such diverging developments are very dangerous for the country and very important is the detection and elimination of the reasons, as the long-lasting course of divergence could inevitably lead not only to concussions but also to the loss of achievements. At first glance, the main reason for these contradictory developments is in surprisingly vivid ambiguity of the Constitution. If it does not contain any serious danger for the economic development of the country, then from the view point of democratic developments, these obstacles are many. Hence, the importance of constitutional processes in the post-Soviet transformation is much emphasized in case of Armenia.

Evidently, the Respect of Law (ROL) indicator is worse in quantitative aspect, as it is stands further from average index, than the level of democracy. It is worth to mention, that among studied countries the rating of Armenia is one of the lowest fro constitutional and legislative frameworks. This classification truly reflects the picture of the post-Soviet transformation in Armenia and factually indicates those directions, which should become main issues of the third post-Soviet election period and main objectives of the second stage of transformation. In addition, it fully detects the process of developments in Armenia and several stages passed through transformation. It is adopted to link the change of powers in 1998 with the search of Nagorno Karabakh conflict solution and in the consequence of it the gap within authorities. Of course the importance of Nagorno Karabakh issue is difficult to underestimate in the events in Armenia (especially political) and the influence of this factor is indisputable, but deeper analysis shows, that not less importance has the issue of transformation crisis. We should not forget the political crisis started with presidential elections of 1996. The change of powers in 1998 marked the beginning of a new stage of transformation, which had strongest influence on the strategy and pace of economic reforms. The data given in the tables reflects exactly the results of those changes, but detecting at the same time, that the main problems of political life remain still unsolved, despite start of constitutional reform process was declared. The Constitution of 1995 was adopted based on the complex synthesis of the elements of past (Soviet) regime, mentality and incomplete views. More over, the French model was used for drafting the constitution, without taking into consideration the peculiar character of it, prescription of forty years, exceptional culture and traditions of democracy, absolute difference of realities and even the fact,

---

<sup>14</sup> Pshevorsky A. On average democracy is better. Expert, No 14.2005(rus.)

that Charles de Gaul reduced the role of the Parliament by subordinating it at certain extent to the Government and decisions adopted by referendum<sup>15</sup>. Perhaps PACE gave a briefer and more complete assessment of the Constitution of Armenia: "The present Constitution, adopted in 1995, has played an essential role in the development of democracy and its irreversibility and has allowed Armenia to become a member of the Council of Europe. However, its practical day-to-day implementation has increasingly revealed serious conceptual shortcomings which have become an obstacle for the further democratic development of the country. In the first place, the Constitution endows the President with excessive prerogatives and does not provide for clear separation and balance of powers within the state structures. Equally serious is the lack of constitutional guarantees for basic human rights, for independence of the judiciary and for local self-government in conformity with European standards"<sup>16</sup>. The constitutional reform process initiated in the summer of 1998 had various landings and had no effect until the regular end of parliamentary and presidential terms. The main reasons are several. The fundamental political significance of the issue was not perceived fully by political forces, which had to be the driving force of constitutional reforms. The very fact, that these forces did not become the initiator of those constitutional reforms, presumes serious difficulties and their more evasive rather than interested standpoint before the referendum in 2003 did not leave any hope for success (practically two thirds of favor votes of referendum participants were needed). Of course, there was also another possibility - initiatives by the President of the Republic and in the result the Constitution was drafted. But on one hand the indifferent attitude of political parties towards the Draft was not decisive, from the other hand Robert Kocharyan, President of the Republic, was not a leader of any party and his background dealt with economic sphere (in 1997-1998 he was Prime Minister of Armenia). It is not by chance, that significant achievements were recorded in the economic and not the political sphere.

According to the doctrine by Linz and Stepan<sup>17</sup> representing a set of approaches applied in transitionology, transition of democratic consolidation presumes deep reforms at least in three levels - behavior, value and *constitutional*, the fourth one - political representation - was added<sup>18</sup> later, as systems of perfectly integrated political and interacting groups. The study of first two is very deep and certain multi-dimensional preconditions are

<sup>15</sup> Bell J. French Constitutional Law. Clarendon Press, 1992.

<sup>16</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Resolution 1458 (2005). Constitutional reform process in Armenia.

<sup>17</sup> Linz J., Stepan A. 1996. Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America and Post-Communist Europe. Baltimore.

<sup>18</sup> Merkel W. The Consolidation of Post-Autocratic Democracies: A Multi-Level Analysis. Democratization, 1998, Autumn.

formulated - pre-communist and pre-Soviet traditions (civilization, cultural, political, etc.), state of social-economic, political and cultural spheres in the starting point<sup>19</sup> of transformation, as well as structural preconditions - "civil" political culture and civil society<sup>20</sup>. The constitutional level is less studied. Meanwhile, the value re-orientations of a state are formed influenced by constitutional priorities and are basis for legal and political intentions. Hence, constitutional process becomes the most important and decisive component of post-soviet transformation. It is not by chance, that essential public reforms in the period of the last decade and a half in the result of the post-Soviet transformation on one hand and globalization process on the other hand, have essentially activated the application of the international legal norms and experience of foreign countries in the national constitutional law<sup>21</sup>.

Quite rightly the democracy with all its components (parliamentarism, multiparty system, human rights and freedoms, rule of law country, which has as a basis detailed elaborated, experimented and almost perfect system of relations and traditions), is perceived as a result of Western culture. However, sometimes the notions about Western values and traditions are limited to inspiration with primitive principles of economic liberalism, formal reproduction of the institutes of parliamentarism and verbal duty to ideas and practice of a social state<sup>22</sup>.

The experience of Western countries is very diverse and sometimes contradictory. Therefore, the values and principles, which are common for different countries and underline the experience should be adopted and not the experience itself. The simple adoption of Western constitutional models brought limited possibilities of imitated democracy. It became clear, that the use of similar concepts to describe political situations of different countries without delineating features is likely impeding to understand them. The best variant is the organic synthesis of Western models and national peculiarity, where constitutional norms will be perceived not as alien, artificially taken norms, but as a true normative basis for public life<sup>23</sup>. It is not accidental, that two tendencies are noted in the modern state and legal sphere: unification and distinctiveness, the searches for unification

<sup>19</sup> Melwill A. On trajectories of post-communist transformations. *Polis*, 2004, No3.(rus.)

<sup>20</sup> Dahl R. Development and Democratic Culture. - Diamond L., Plattner M., Chu Y., Tien H. (eds.) *Consolidating the Third Wave Democracies. Themes and Perspectives*. 1997. Baltimore, L. Inglehart R. *Globalization and Postmodern Values*.-Washington Quarterly, 2000, vol. 23, No 1

<sup>21</sup> Pryakhina T.M. Constitutional self-identification of Russia. *Law and Politics*. 2004, No 5. (rus.)

<sup>22</sup> Martishin O.V. National Political and legal culture in the context of globalization. *State and law*. 2005, No 4. (rus.)

<sup>23</sup> Medushevsky A.N. Constitutional modernization / Constitution as a factor for social changes. *Collection of reports*. M., 1999.(rus.)



and self-determination, new manifestations of distinctiveness are continuing actively. At the same time, the proposed ideas should have "generational" feature, the main values should be attractive for the present generation to provide stability of ideals<sup>24</sup>. But there are cases, when as easy as material and technical means, the organizational and protocol forms shaped during the development of Western democracy and principles and values are rooted in legal-political culture. And these are void of sense with the same easiness, are led to primitive ceremonies, loose democratic content and become hypocritical and advocating, false democratic decoration for authoritarian and totalitarian regimes<sup>25</sup>. The realization of the fact, that certain qualitative situation of the state institutional environment could have complex influence on the development of the country, requests revision of classic preconditions for country development. The simple replacement of communist institutes with democratic ones will not give much from the view point of public welfare.

A standard for real qualitative progress could be the development of freedom by essentially limiting the state authority. According to James Madison, «main architect» of the US Constitution, an ideal constitution should reduce state authority providing freedom and justice for all citizens<sup>26</sup>. A rule of law state, as a constitutional structure for the main law, is a form<sup>27</sup> for authority limitation. According to Madison, the priority principle of the liberal-constitutional order is the freedom subject to norms of law. There is no freedom without law<sup>28</sup> and clear definition and division between three branches of powers is needed to guarantee this freedom<sup>29</sup>. The difficult thing is to define the framework of laws and the limits of the influence of the government, for which Madison is suggesting three fundamental principles:

- people have natural rights and these rights are superior than state rights,
- the government exists to implement these rights and receives authority from whom it governs
- the majority can not change these rights without violating the principle of justice.

---

<sup>24</sup> Prigozhin A. I. Reconstruction /Perestroyka/: transitional processes and mechanisms. M., 1990.

<sup>25</sup> Martishin O.V. National Political and legal culture in the context of globalization. State and law. 2005, No 4(rus.)

<sup>26</sup> Burns E. James Madison: Philosopher of the Constitution. New York, Oktagon Books, 1968.

<sup>27</sup> Hesse K. Foundations of the constitutional law. FRG. M. 1981

<sup>28</sup> Hayek F. The Constitution of Liberty. Chicago. University of Chicago Press, 1960.

<sup>29</sup> Dorn J. The norms of rights and freedoms in new democratic states: concept of James Madison. Issues of Economy. 2003, No 6.

It is surprising but it is a fact, that after two centuries, these principles not only did not lose their actuality, but have got more sonority and embracing.

It is also worth of attention the fact that the principle of division and balance of powers defined clearly still two centuries ago until today did not find any clear, formatted solutions in the constitutional law. Moreover, this is the problem for which two similar solutions among constitutions of the Council of Europe member states is impossible to find. Particularly, three main directions are marked out, through which legislative power can control bureaucracy - control, legislation drafting activity, adoption of budget. For complete functioning of these mechanisms several conditions are needed: cooperation between all branches of powers is needed during drafting of political solutions, the legislative power should have enough competences to oversee the functioning of the executive power, and the latter should be ready to implement the decisions of the legislative power<sup>30</sup>. The fourth condition to this should be added - existence of a harmonized system of checks and balances, in presence of which is the existence of first three conditions effective. More, the key for effective state governance is not only the division of powers, but also the existence of interaction mechanisms between state and civil society, which enables to centralize public interests as embracing as possible and minimize the influence of personal interests on the adoption of political decisions. Such a performance has competing parties in a democratic society, which are closely linked with organizations and mass media representing interests of wide sectors of society. Only in case of existence of such strong and effective institutes, introduction of free elections, systems of power division will not lead to fragmentation and increase the cases, when interested groups pursue their personal interests on account of public interests<sup>31</sup>, but will consolidate democracy.

In 1989 ex-communist countries, which already had started way of constitutional democracy, understood very well what were they Council of Europe and the European Union expected from then. "The common opinion is that Eastern European countries should strive for Western European models by taking into consideration common traditions and further possible accession to the European Union"<sup>32</sup>. Of course, they could not to take it into consideration and some of those countries did so and in the result faced with cruel results of it. Today, these countries have no doubt, that if

---

<sup>30</sup> Remington T. Democratization, division of powers and scale of state competences in Russia. Comparative constitutional review. 2004, No 4 (49)

<sup>31</sup> Remington T. Democratization, division of powers and scale of state competences in Russia. Comparative constitutional review. 2004, No 4 (49)

<sup>32</sup> Rapaczynski A. Popular Sovereignty and the Concept of Representation: The Relevance of American Constitutionalism in Eastern Europe / International Journal Soc. 1996-1997. Vol. 26, No 4.

they really want to become a full-fledged member of the European family, they have to bring unconditionally their constitutions in full compliance with these requests"<sup>33</sup>.

Already in ancient times, mutual cultural penetrations were one of important factors for development of state and legal institutes<sup>34</sup>. The drafting or amending process of new constitutions without any reservation was accompanied by borrowing this or that constitution or this or that solution, "except Great Britain, United States and France<sup>35</sup>". European experts participated in drafting of almost all of the Eastern European constitutions. The attitude towards them was the same in almost all countries: "what do you know about our country?", "we are different", "you do not know our history", "we can not be changed at once"<sup>36</sup> etc. It is obvious, that these questions were sounded more than once in Armenia.

The experience of the post-Soviet transformation showed obviously, that the main issue is not as much the adoption of the constitution (all countries did it), as transition to constitutionality which is linked with two problems - adoption of the constitution (or radical change) and transformation of thinking, in the result of which the constitution should be perceived in necessary manner by political forces, judges and citizens. In the beginning of transition period there was neither functioning constitution nor necessary culture to force the functioning of the constitution in Eastern and Central Europe. In this situation it is necessary to choose - either first prepare the society for the new constitution, form a culture and then adopt a constitution or first adopt a constitution and then use it as an instrument to form such a culture. Among these factors, the strongest factor in favour of the adoption of the constitution without waiting for the change in public consciousness is that "the moment of the constitution", when it is possible to provide agreement regarding principles and rules and especially conditions for transition to constitutionality and democracy, is often very short and there are few cases, when after the loss of this moment it was possible to reach a constitutional agreement and moreover, the transition to established democracy and constitutionality became more and more difficult<sup>37</sup>. In case of Armenia, it is obvious, that if the period of parliamentary

---

<sup>33</sup> Osiatynski V. Paradoxes of constitutional borrowing. Comparative constitutional review. International Journal of Constitutional Law. 2003. Vol.1, No 2.

<sup>34</sup> Martishin O.V. National Political and legal culture in the context of globalization. State and law. 2005, No 4(rus.)

<sup>35</sup> Saunders Ch.A. Constitutional Culture in Transition / Constitutional Cultures / Ed. by M. Wyrzykowski. Warsaw: ISP, 2001.

<sup>36</sup> Schwartz H. Constitutional Developments in East Central Europe. //Journal of International Affairs. Vol. 45, 1991.No1.

<sup>37</sup> Elster J. et al. Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship At Sea. Cambridge University Press, 1988.

elections in 2003 is difficult to consider "constitutional moment", then the autumn of 2005 in this regard will meet the highest criterias.

Thus, one of the main factors of the effectiveness of the post-Soviet transformation is the constitutional process, as a good constitution is the first resolute step to the established democracy. However, it is not sufficient yet. It is necessary to build political and social background for the implementation of new system of government<sup>38</sup>. True constitutional provisions only create favourable conditions and limit constraints, not only foresee establishment of the best institutes and mechanisms<sup>39</sup>, but also presume legitimacy, citizenship and peculiarity. If borrowing of the first one is desirable and even inevitable, borrowing of the second is impossible. The elite can borrow institutes of foreign countries for example granting constitutionally guaranteed rights, which are provided by international conventions. But when such a borrowing is done in conditions of lack of social dialogue, the legitimacy is under stroke. The borrowing is guaranteed in case, when rules are established in conditions of all national process, where any cultural, social or other group is not left out. The lack of such legitimacy can become one of the reasons for suspicion by people in developing countries towards modern Western doctrines on human rights. Under circumstances introduction of new conditions of constitutional reforms becomes topical which should focus and

not only on the quality of constitutional mechanisms and institutes, but also follow the principle of involving different public groups in the process of drafting constitution<sup>40</sup>.

## РЕЗЮМЕ

Постсоветская трансформация является уникальным явлением, для исследования и корректировки которого требуется его моделирование, выявление закономерностей и комплекса факторов, влияющих на этот процесс, разработать теоретически обоснованные и практически проверенные критерии режимных изменений. Задача сложна само по себе, из-за многомерности демократии и многовекторности развития. Несмотря на это, исследование этого процесса и выявление закономерностей и существенных факторов имеет важнейшее теоретиче-

<sup>38</sup> CDL(2005)054. Draft Final Opinion on the Constitutional Reform in the Republic of Armenia. European Commission for Democracy through Law. Strasbourg, 21 July 2005.

<sup>39</sup> Goodin R. E. Designing Constitutions: The Political Constitution of Mixed Commonwealth // Constitutionalism and Transformation: European and Theoretical Perspectives/ Ed. by B. Bellamy, D. Castiglione. Blakwell, 1996.

<sup>40</sup> Osiatynski V., - Paradoxes of constitutional borrowing. International Journal of Constitutional Law. 2003, Vol. 1, No 2.

ское и прикладное значение, так как первое десятилетие этой трансформации показало, что теория перехода от системы авторитарного управления к консолидированной демократии, разработанная на опыте транзита стран Латинской Америки и Южной Европы 70-80-ых годов, не вполне применима к постсоветской трансформации.

Согласно концепции Линца и Степана, которая является одной из основных в транзитологии, переход к демократической консолидации предполагает глубокие реформы, по крайней мере, на трех уровнях - поведенческом, ценностном и конституционном. В отличие от первых двух уровней, конституционный изучен недостаточно.

Конституционная составляющая присутствует и в теории полиархии. Меркель и Круассан предлагают два основных измерения этой теории дополнить третьим измерением - наличием конституционного либерального государства, так как либеральные демократии ограничены конституционными нормами и процедурами, за счет чего гарантируются основные права и свободы граждан, гармоничность ветвей власти, четкое разделение их полномочий. Т.е., ценностные переориентации государства формируются под влиянием конституционных приоритетов и являются основой юридической и политической целенаправленности. Следовательно, одним из важнейших и определяющих составляющих постсоветской трансформации является конституционный процесс. Не случайно, что современные коренные преобразования социальной жизни, которые происходят под одновременным влиянием постсоветской трансформации и глобализации, значительно активизировали применение в национальных конституциях норм международного права и опыта зарубежных стран.

С давних времен взаимопроникновение культур являлось одним из важнейших факторов развития правовых институтов. Более того, почти всегда процесс разработки новых конституций сопровождался заимствованием того или иного решения из той или иной конституции. Однако простое заимствование западных конституционных моделей показало ограниченные возможности имитационной демократии. Есть немало примеров, когда так же просто, как материальные и технические средства, заимствуются сформированные на протяжении развития западной демократии организационные и процедурные методы, являющиеся основой политико-правовой культуры принципы и ценности. И так же легко они теряют смысл, превращаются в простые процедуры, теряют суть демократии и становятся демагогическим и пропагандистским украшением авторитарных и тоталитарных режимов. Опыт постсоветской трансформации показал, что в этих странах основная проблема заключается не столько в принятии конституции, сколько в переходе к конституционности, которая связана с двумя проблемами: обеспечение необходимого качества конституции и

трансформация мышления, в результате чего конституция должна восприниматься политиками и гражданами должным образом. Третьим составляющим конституционного процесса является "конституционный момент". В начальной стадии транзита в странах Центральной и Восточной Европы не было ни реально действующих конституций, ни соответствующей культуры, которая заставляет действовать конституцию. В таких ситуациях необходимо ориентироваться в эффективности той или иной последовательности шагов: сначала необходимо формировать культуру, а потом принять конституцию, или же сначала принять конституцию и использовать ее в качестве инструмента формирования такой культуры? Наряду с другими факторами, наиболее существенным является то, что "конституционный момент", когда можно обеспечить согласие между принципами и канонами и, особенно, конституционностью и условиями перехода к демократии, обычно очень короток и существует немало примеров, когда после потери этого момента достижение конституционного согласия и, более того, переход к консолидированной демократии и конституционности становится намного труднее. В случае Армении очевидно, что если время парламентских выборов 2003 года трудно считать "конституционным моментом", то осень 2005 г. может удовлетворять самые высокие требования.



## НЕКОТОРЫЕ ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ ДЕФОРМАЦИИ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА В ТРАНСФОРМИРУЮЩИХСЯ ОБЩЕСТВЕННЫХ СИСТЕМАХ

**ГАГИК АРУТЮНЯН**

*Председатель Конституционного Суда Республики Армения*

Хорошо известно, что конституционные развития для любой демократической страны - естественный, динамический, непрерывный процесс. Разные государства нашли такие формы и способы утверждения конституционализма и динамических системных реформ, которые по своему характеру являются демократическими, а по содержанию - правовыми, и гарантируют неуклонное развитие и прогресс данной социальной общности.

Для стран с переходной системой главная задача трансформации - утверждение конституционализма и обеспечение устойчивых конституционных развитий. Последнее предполагает гарантирование верховенства права, формирование среды общественного согласия, взаимопонимания и толерантности, направление положительной внутренней энергии общества на прогресс и развитие.

Ясно также и то, что противопоказано этому процессу, исходя из принципов становления гражданского общества. Конституционные развития не могут быть поставлены на службу текущей политической целесообразности. Они не могут нарушить баланс разделения властей, вызвать неравновесие, способствовать совмещению и централизации политической, административной и экономической сил. Конституционные процессы не могут ослабить гарантии защиты прав человека, ограничить его свободы, препятствовать развитию самоуправления. Понятия "права человека", "демократия" и "правовое государство" выступают как органическое триединство, и цель утверждения конституционализма - гарантия этого.

Какова реальная картина и какие имеются тенденции в Восточной Европе и странах бывшего СССР?

Все эти страны конституционно установили приверженность демократическим, правовым ценностям, признали основополагающие принципы народовластия, верховенства права и разделения властей, заложили институциональный фундамент правового государства. Насколько эти ценности, принципы и механизмы приобрели реальное содержа-

ние в общественной жизни? Это принципиальный вопрос не только практического, но и глубокого научного характера. Одной из основных задач транзитологии является именно раскрытие общих тенденций и логики проявления этих процессов.

Нами проведен сравнительный анализ на основании материалов, разработанных организацией Дом свободы США (Freedom House). В первую очередь, аргументируем ту действительность, что начиная с 70-х годов прошлого столетия демократические процессы на международном уровне констатировали серьезные результаты. Например, если в 1974 году свободные страны составляли 27 процентов от общего, несвободные - 41 процент, то картина 2004 года диаметрально противоположная - соответственно 46 и 26 процентов (подробные данные о приведенных анализах см. в приложениях).

Согласно тому же источнику, если в странах, ставших членами Европейского союза в последние семь лет, общие характеристики демократии улучшились на 4,4 процентов, в балканских странах, не являющихся членами ЕС, - на 12,1 процентов, то в странах СНГ они ухудшились на 8,1 процентов. Это в том случае, когда интегральный показатель демократического развития в третьей группе уступает первой в 2.83 раза, а второй группе - в 1.46 раза. В странах СНГ в 1997-2005 годах показатель избирательных процессов упал на 12 процентов, независимость средств массовой информации сократилась на 10,2 процентов, уровень правления понизился на 13 процентов, судебная система ухудшилась и ее независимость сократилась на 8,9 процентов, уровень коррупции повысился на 3,6 процентов. При этом, по сравнению с новыми членами ЕС, в странах СНГ средний рейтинг избирательных процессов ниже в 3.64 раза, уровень развития гражданского общества уступает в 3.19 раза, независимость СМИ - в 3.23 раза, уровень независимости судебной системы - в 3.07 раза, а уровень коррупции выше в 2.02 раза.

Какие общие выводы можно сделать?

- 1) сформировались три разные качественные группы: страны - новые члены ЕС, балканские переходные страны и страны СНГ;
- 2) если в странах первых двух групп общая динамика демократических развитий в основном положительная, то в странах СНГ не только уровень очень низкий, но и динамика отрицательная;
- 3) приведенная статистика свидетельствует о том, что в странах СНГ конституционные принципы определенно деформируются в реальной жизни.

Подобная ситуация, естественно, нуждается в серьезном осмыслении и профессиональной оценке. Я не желаю делать предметом спора методику исследования и воздействие субъективного фактора. Считаю,



что представленная нами несколько лет назад методика в научном плане наиболее основательная и объективная. Вместе с тем представленные факты свидетельствуют **об определенном кризисе конституционализма и очевидных деформациях конституционных развитий** в переходных странах, особенно в странах-членах СНГ. Это та реальность, когда акцентируется, что есть Конституция, однако нет конституционализма, необходимого уровня конституционной демократии, конституционные принципы и нормы не становятся живущей реальностью. Свидетельством этого являются не только накопления отрицательной общественной энергии и, как следствие, разнохарактерные цветные революции, но и то, что делая основными лозунгами конституционные принципы правового государства и демократии, на практике имеют тенденции очевидного отклонения от них.

Естественно, основная задача - выявление причин этого. Я выделю, на наш взгляд, несколько основных:

- 1) инерция мышления, менталитета и недостаток конституционной культуры. Не только невозможно перепрыгнуть через века, но и часто импортируемая демократия, сталкиваясь с ростками средневековой ценностной системы, существенно деформируется;
- 2) низкий уровень правосознания и недостаточная политическая воля государственной власти в направлении его повышения;
- 3) недостаточная дееспособность демократических государственных структур и несовершенство политических институтов;
- 4) неудовлетворительные конституционные и законодательные решения, искаженное восприятие и реализация основополагающих принципов конституционной демократии в законодательной политике и правоприменительной практике;
- 5) иммунная недостаточность общественной системы, углубление отрицательных социальных тенденций и иррациональных развитий по причине неудовлетворительного решения имеющихся проблем;
- 6) объективные трудности превращения из части в целое и одновременного решения задач системной трансформации, которые в странах Восточной Европы имели иной характер;
- 7) негармоничность, неадекватность конституционных развитий реальной ситуации и т.д.

Попытаюсь особо обратиться только к последнему обстоятельству, которым обусловлена также жизнеспособность конституционного правосудия в трансформационных системах.

Прежде, отмечу, что анализ опыта конституционных развитий посткоммунистических стран свидетельствует, что для них характерно то, что

на этапах принятия новых конституций наличествовали и стремящаяся к реваншу левая оппозиция, и революционный либерализм. Их взаимодействие сформировало определенную среду политического консенсуса для правовых решений. Почти во всех этих странах постепенно не только ослабился левый экстремизм, но и либеральный романтизм уступил свое место умеренному реализму. Существенно нарушился баланс политических воздействий. Над конституционными решениями, новыми изменениями постепенно установило верховенство административно-политическое воздействие действующей власти, которое опасно в той мере, в какой конституционные проблемы приспособливает к решению текущих политических задач, не делая их решение результатом общественного согласия.

Типично также то, что в этих странах, как правило, политическая институционализация находится на очень низком уровне. Значительная часть политических партий, по определению одного из немецких политологов, - "...или политические секты, или средство самоутверждения отдельных амбициозных личностей". Отсутствует гармоничная демократическим ценностям политическая культура. Демократия в каком-то плане фальсифицируется в политическую диктатуру, когда политическое большинство имеет неограниченную власть, а меньшинство лишено возможности влияния на правовые процессы.

В подобных ситуациях пропасть между народом и властями углубляется. Предпринимаемые властями шаги воспринимаются как несозвучные и неравноценные вызовам, брошенным временем. Не формируется необходимый и достаточный ресурс серьезных политических трансформаций, а имеющиеся возможности, в условиях отсутствия четких приоритетов, эффективно не реализуются.

В подобных условиях существенно возрастает роль экзогенного фактора, в частности, активное воздействие европейских структур на демократические развития посткоммунистических стран. Характерными примерами этого являются проявленная Венецианской комиссией Совета Европы позиция относительно конституционных развитий Армении и фактические результаты этого.

Главная задача в том, что конституционные развития должны быть максимально продиктованы внутренне осознанной необходимостью и стать средством достижения общественного согласия, преодоления политических кризисов, а не жертвой "раздоров". Изучение опыта многих стран свидетельствует, что основные индикаторы нарушения естественного процесса конституционных развитий и возникновения возможных политико-правовых кризисов - падение доверия народа к политической власти, глубокое распространение и системный охват коррупции (в том числе, наличие политической коррупции), концентрация

и совмещение политической, административной и экономической сил, укоренение корпоративно-кланового правления в системе государственной власти, высокий уровень теневизны в сфере общественных отношений и т.д. Углубление этих явлений сводит на нет возможность гарантирования непрерывности утверждения конституционной демократии, что представляет наибольшую опасность для переходных стран.

Опыт европейских стран и стран бывшего СССР свидетельствует, что в плане конституционных развитий наличествуют три основные ситуации.

**Первая:**

- практика изменений и дополнений Конституции в определенной периодичности является реальностью;
- имеется институт принятия органических (конституционных) законов;
- есть институт официального абстрактного (нормативного) толкования Конституции;
- споры между органами власти по вопросам конституционных полномочий получают конституционно-правовое решение;
- правовая позиция суда становится источником конституционного права;
- практически источником национального конституционного права становится также международный судебный прецедент.

**Второе:** один или два из указанных факторов недействительны, и возникает необходимость взаимодополнения других факторов.

**Третье:** все шесть факторов отсутствуют или почти отсутствуют и наличествует тупик конституционных развитий. Подобная ситуация может привести к конституционному кризису.

Представляю только несколько сравнений. В Республике Армения за последние 10 лет конституционные изменения не вносились, также нет института органических законов, нет системы официального абстрактного толкования Конституции, за 10 лет Конституционный Суд получил всего 8 обращений относительно конституционности законов и других нормативных правовых актов, между тем не получено ни одного обращения относительно нормативных актов, принятых органами исполнительной власти (Президент, Правительство), Конституционный Суд не имеет компетенции решения споров, возникших по вопросам конституционных полномочий, из Армении в Европейский суд по правам человека направлено 239 заявлений, но пока еще ни одно не рассмотрено.

Вместе с тем более 8 лет вопросом повестки дня является задача конституционных реформ, которая пока что не нашла практического решения. Между тем, и политические силы страны, и международные организации не раз свидетельствовали, что дальнейший прогресс страны главным образом обусловлен утверждением конституционной демократии и реальными предпосылками гарантирования верховенства права. Здесь раскрываются новые значительные положительные возможности тем проектом конституционных реформ РА, который вскоре будет вынесен на референдум.

Фактически, этот пример свидетельствует, что во всех тех странах, где отрицательные тенденции демократических процессов углубляются, конституционные развития неудовлетворительны и негармоничны имеющимся вызовам. По нашему глубокому убеждению, наиболее эффективный путь поправления ситуации - максимальная реализация всех вышеуказанных шести направлений конституционных разработок, и, в частности, надлежащее осознание роли конституционного правосудия и разумное применение его внутреннего потенциала.

## SUMMARY

Constitutional development is a natural, dynamic and continuous process for each country. Different countries have found forms and ways of establishment of constitutionalism and dynamic system reforms, which are democratic by their essence and legal - by their content, and guarantee the progress and development of the social community.

The supreme task for transformation of the countries with transitional system is the establishment of the constitutionality and guarantee for stable constitutional development. The latter supposes guarantee of the rule of law with the help of democratic institutions, public consent, formation of the environment of mutual understanding and tolerance, guarantee of continuous common consent of the main rules of social life, and thus the direction of the positive forces of the society towards progress and development.

Depriving from the principles of establishment of the civil society it becomes distinct what is contra-indicated to the process. The constitutional development can not serve the current political expediency. They can not distort the balance of separation of the powers, give birth to lack of balance, facilitate the consolidation and centralization of the political, administrative, and economical powers. The constitutional processes can not weaken the guarantees of protection of human rights, limit their freedoms, and hinder the development of self-government. The concepts of "Human

rights", "Democracy" and "Legal State" appear to be an organic triple unity and its guarantee is the aim of the establishment.

Which is the real picture and what are tendencies in the Eastern European and former Soviet countries?

The comparative analysis is made on the basis of the materials processed by the USA Freedom House Organization. First of all, let us state the fact that since the 1970-s of the last century, serious results have been registered in democratic developments. For example, if in 1974 the free countries were 27 percent, and not-free countries 41 percent of the total number of countries, in 2004 the picture is diagonally different, i.e. 46 percent and 26 percent.

What conclusions can be done?

1. Three different qualitative groups are formed - EU new member countries, Balkan transition countries and CIS countries.
2. In the third group the average coefficient of democracy in comparison with the first group is lower for 2.8 times, and the second for 1.5 times,
3. If in the first two group countries the general dynamics of democratic development is mainly positive, in CIS member countries the level is not only too low, but the dynamics is negative (Ukraine is the exception),
4. Particularly, during this period the mentioned parameters have increased in Armenia.

Though the presented facts affirm that in transition countries, especially CIS countries, serious constitutional crisis and evident distortions of forms of constitutional developments. This is the situation, when the Constitution is present, but there is no constitutionalism and necessary level of the constitutional democracy and the constitutional norms, principles do not become reality. The negative accumulation of public energy becomes not only its evidence and it results diverse colored revolutions, and though making the slogans of the constitutional principles of the law-governed state and democracy, practically tendencies of apparent deviation are present.

Naturally, the main task is the reveal of their causes. I would pick out the main ones:

1. The inertia of mentality and the lack of constitutional culture. It is not only impossible to jump over the centuries, but frequently the imported democracy essentially deforms when collapsing the medieval obstacles of value systems;
2. Low level of legal consciousness and not-sufficient political will of the state authorities to increase it;
3. Not-sufficient activity of democratic state structures and imperfections of political structures;

4. Constitutional and legislative imperfect solutions, distorted conception and realization of basic principles of constitutional democracy in legislative politics and law enforcement practice;
5. Non-sufficient immune condition of the social order because of non-sufficient solution of present problems of intensification of negative social tendencies and irrational development;
6. Becoming part as the whole and objective difficulties of simultaneous solution of problems of systematic transformation, which had different content in Eastern European countries;
7. Inharmonious of constitutional development with the reality, etc.

The analysis of the experience of constitutional development of post-soviet countries show that it is characteristic that during the adoption of the new constitution bot-revenge seeking left wing opposition and revolutionary liberalism are present. Their mutual influence formed a definite environment of political mutual consent for legal solutions. Nearly in all these countries, the left extremism not only gradually weakened but also liberal romanticism gave its place to moderate reality. The balance of political influence was essentially disturbed. The administrative political influence of the acting power gradually ruled over the constitutional solution and new changes, which is dangerous as the constitutional solutions were adjusted the current solutions of political issues without making it the result of public consent on general approaches.

The most important task is that the constitutional development must be dictated by interior realized necessity and must become a means for the establishment of social consent and for overcoming the political crisis, and not the victims of "contradictions". Examination of experience of different countries show that the main characteristics of appearance of interference of natural process of constitutional development and possible legal political crisis are the following: fall of the nation's trust towards the political power, growth of corruption and system inclusion (including availability of the political corruption), centralization and combination of political, administrative and economic powers, establishment of cooperative and clan management in the system of state power, high level of shadiness in the sphere social relationships, etc. The deepening tendency of these phenomena destroys the guarantee of continuance of establishment of constitutional democracy, which appears to be the biggest danger for the transitive countries.

The experience of the European and the former Soviet countries shows that for constitutional development there are three main situations.

**First,**

- The practice of periodical changes and amendments of Constitution become reality,

- The institute of adoption of organic (constitutional) laws is present,
- The institute of interpretation of official abolishment of Constitution is available,
- The disputes on the issues of constitutional powers between power organs gets constitutional-legal solution,
- The legal position of the court becomes the source of constitutional law,
- The international justice precedent becomes the source of national constitutional right.

**Second**, one or two of the above mentioned six factors does not work and the necessity of inter-addition of other factors appear.

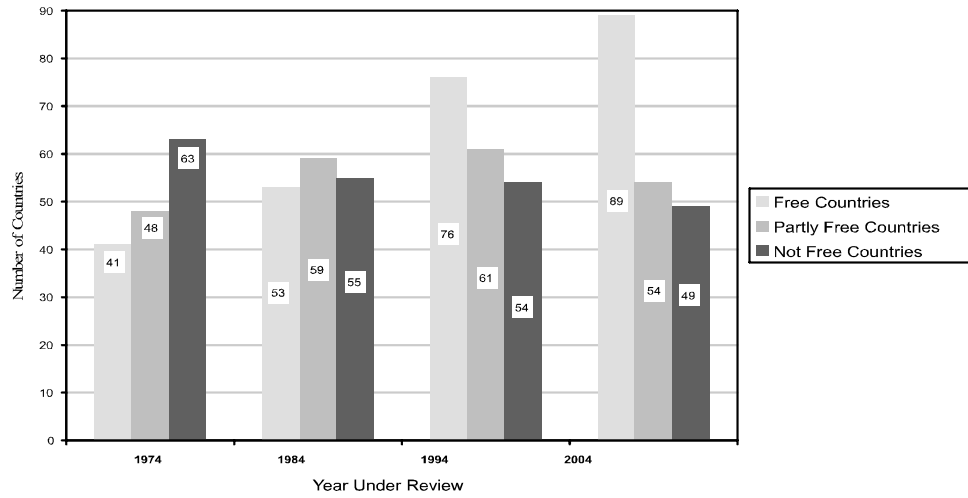
**Third**, all six factors are missing or nearly missing and deadlock of constitutional development occurs. Such a situation can cause a constitutional crisis.

Factually, this example shows that in all countries where the negative tendencies of democratic processes increase, the constitutional development is not sufficient and not harmonic with available challenges. I am deeply convicted that the maximal realization of the above mentioned six directions of the constitutional development, and, particularly, proper realization of the role of constitutional justice and rational application of its inner potential is the most effective way of improvement of the situation.

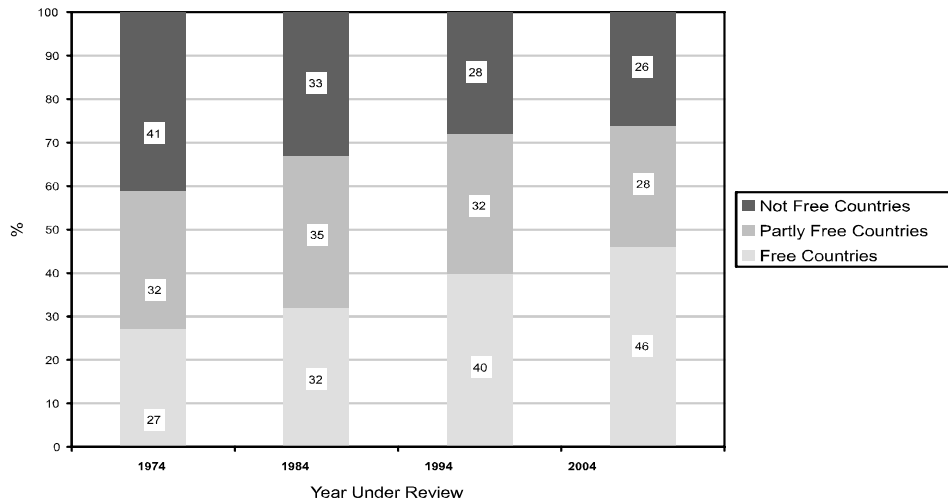
Global Trends in Freedom

Year Under Review	Free Countries	Partly Free Countries	Not Free Countries
1974	41 (27%)	48 (32%)	63 (41%)
1984	53 (32%)	59 (35%)	55 (33%)
1994	76 (40%)	61 (32%)	54 (28%)
2004	89 (46%)	54 (28%)	49 (26%)

Global Trends in Freedom (192 countries)



Global Trends in Freedom (%)



<sup>1</sup> На основе материалов Freedom House, *США*: [www.freedomhouse.org](http://www.freedomhouse.org): NATIONS IN TRANSIT 2005:



## NATIONS IN TRANSIT 2005

### Ratings and Democracy Scores 2005

Country, Territory	EP	CS	IM	NGOV	LGOV	JFI	CO	<i>Democracy Score</i>
<b>Albania</b>	3.75	3.25	4.00	4.25	3.25	4.50	5.25	4.04
<b>Armenia</b>	5.75	3.50	5.50	5.00	5.50	5.25	5.75	5.18
<b>Azerbaijan</b>	6.25	4.75	6.00	6.00	6.00	5.75	6.25	5.86
<b>Belarus</b>	7.00	6.75	6.75	6.75	6.50	6.75	6.00	6.64
<b>Bosnia</b>	3.25	3.75	4.00	4.75	4.75	4.25	4.50	4.18
<b>Bulgaria</b>	1.75	2.75	3.50	3.50	3.50	3.25	4.00	3.18
<b>Croatia</b>	3.00	3.00	3.75	3.50	3.75	4.50	4.75	3.75
<b>Czech Rep.</b>	2.00	1.50	2.00	2.50	2.00	2.50	3.50	2.29
<b>Estonia</b>	1.50	2.00	1.50	2.25	2.50	1.50	2.50	1.96
<b>Georgia</b>	4.75	3.50	4.25	5.50	6.00	5.00	5.75	4.96
<b>Hungary</b>	1.25	1.25	2.50	2.00	2.25	1.75	2.75	1.96
<b>Kazakhstan</b>	6.50	5.50	6.50	6.50	6.25	6.25	6.50	6.29
<b>Kosovo</b>	4.75	4.00	5.50	5.75	5.50	5.75	6.00	5.32
<b>Kyrgyzstan</b>	6.00	4.50	5.75	6.00	5.75	5.50	6.00	5.64
<b>Latvia</b>	1.75	1.75	1.50	2.25	2.50	1.75	3.50	2.14
<b>Lithuania</b>	1.75	1.50	1.75	2.50	2.50	1.75	3.75	2.21
<b>Macedonia</b>	3.00	3.25	4.25	4.00	4.00	3.75	5.00	3.89
<b>Moldova</b>	4.00	4.00	5.00	5.75	5.75	4.75	6.25	5.07
<b>Montenegro</b>	3.25	2.50	3.25	4.50	3.50	4.25	5.25	3.79
<b>Poland</b>	1.75	1.25	1.50	2.50	2.00	2.00	3.00	2.00
<b>Romania</b>	2.75	2.25	4.00	3.50	3.00	4.00	4.25	3.39
<b>Russia</b>	6.00	4.75	6.00	5.75	5.75	5.25	5.75	5.61
<b>Serbia</b>	3.25	2.75	3.25	4.00	3.75	4.25	5.00	3.75
<b>Slovakia</b>	1.25	1.25	2.25	2.00	2.25	2.00	3.00	2.00
<b>Slovenia</b>	1.50	1.75	1.50	2.00	1.50	1.50	2.00	1.68
<b>Tajikistan</b>	6.00	4.75	6.00	6.00	5.75	5.75	6.25	5.79
<b>Turkmenistan</b>	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	6.50	6.93
<b>Ukraine</b>	3.50	3.00	4.75	5.00	5.25	4.25	5.75	4.50
<b>Uzbekistan</b>	6.75	6.50	6.75	6.50	6.25	6.25	6.00	6.43
<b>Average</b>	<b>3.83</b>	<b>3.39</b>	<b>4.15</b>	<b>4.40</b>	<b>4.28</b>	<b>4.17</b>	<b>4.85</b>	<b>4.15</b>
<b>Median</b>	<b>3.25</b>	<b>3.25</b>	<b>4.00</b>	<b>4.50</b>	<b>4.00</b>	<b>4.25</b>	<b>5.25</b>	<b>4.04</b>

NOTE: The ratings are based on a scale of 1 to 7, with 1 representing the highest level and 7 the lowest level of democratic development. The 2005 ratings reflect the period January 1 through December 31, 2004. The 2005 Democracy Score is an average of ratings for Electoral Process (EP), Civil Society (CS), Independent Media (IM), National Democratic Governance (NGOV), Local Democratic Governance (LGOV), and Corruption (CO). Previous scores include a single, combined Governance rating.

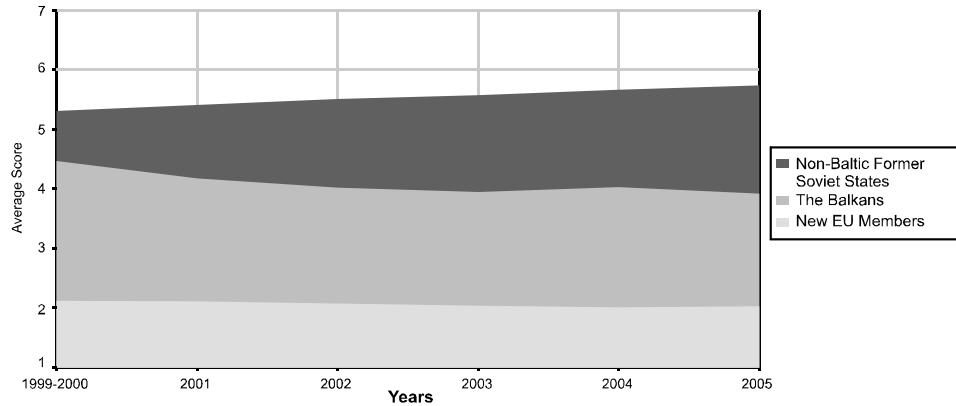
NATIONS IN TRANSIT  
Democracy Score History By Region

	1999-2000	2001	2002	2003	2004	2005	05/99-2000
<b>New EU Members</b>							
Czech Rep.	2.08	2.25	2.46	2.33	2.33	2.29	110.1
Estonia	2.25	2.13	2.00	2.00	1.92	1.96	87.1
Hungary	1.88	2.13	2.13	1.96	1.96	1.96	104.3
Latvia	2.29	2.21	2.25	2.25	2.17	2.14	93.5
Lithuania	2.29	2.21	2.21	2.13	2.13	2.21	96.5
Poland	1.58	1.58	1.63	1.75	1.75	2.00	126.6
Slovakia	2.71	2.50	2.17	2.08	2.08	2.00	73.8
Slovenia	1.88	1.88	1.83	1.79	1.75	1.68	89.4
Average	2.12	2.11	2.08	2.04	2.01	2.03	95.6
Median	2.17	2.17	2.15	2.04	2.02	2.00	92.2
<b>The Balkans</b>							
Albania	4.75	4.42	4.25	4.17	4.13	4.04	85.1
Bosnia	5.42	5.17	4.83	4.54	4.29	4.18	77.1
Bulgaria	3.58	3.42	3.33	3.38	3.25	3.18	88.8
Croatia	4.46	3.54	3.54	3.79	3.83	3.75	84.1
Macedonia	3.83	4.04	4.46	4.29	4.00	3.89	101.6
Romania	3.54	3.67	3.71	3.63	3.58	3.39	95.8
Yugoslavia	5.67	5.04	4.00	3.88	n/a	n/a	
Serbia	n/a	n/a	n/a	n/a	3.83	3.75	
Montenegro	n/a	n/a	n/a	n/a	3.83	3.79	
Kosovo	n/a	n/a	n/a	n/a	5.50	5.32	
Average	4.46	4.18	4.02	3.95	4.03	3.92	87.9
Median	4.46	4.04	4.00	3.88	3.83	3.79	85.0
<b>Non-Baltic Former Soviet States</b>							
Armenia	4.79	4.83	4.83	4.92	5.00	5.18	108.1
Azerbaijan	5.58	5.63	5.54	5.46	5.63	5.86	105.0
Belarus	6.25	6.38	6.38	6.46	6.54	6.64	106.2
Georgia	4.17	4.33	4.58	4.83	4.83	4.96	118.9
Kazakhstan	5.50	5.71	5.96	6.17	6.25	6.29	114.4
Kyrgyzstan	5.08	5.29	5.46	5.67	5.67	5.64	111.0
Moldova	4.25	4.29	4.50	4.71	4.88	5.07	119.3
Russia	4.58	4.88	5.00	4.96	5.25	5.61	122.5
Tajikistan	5.75	5.58	5.63	5.63	5.71	5.79	100.7
Turkmenistan	6.75	6.83	6.83	6.83	6.88	6.93	102.7
Ukraine	4.63	4.71	4.92	4.71	4.88	4.50	97.2
Uzbekistan	6.38	6.42	6.46	6.46	6.46	6.43	100.8
Average	5.31	5.41	5.51	5.57	5.66	5.74	108.1
Median	5.29	5.44	5.50	5.54	5.65	5.72	108.1

NOTE: The 2005 Democracy Score is an average of ratings for Electoral Process (EP), Civil Society (CS), Independent Media (IM), National Democratic Governance (NGOV), Local Democratic Governance (LGOV), and Corruption (CO). Previous scores include a single, combined Governance rating.

5.74 : 3.92 = 1.46      3.92 : 2.03 = 1.93  
 5.74 : 2.03 = 2.83

Democracy Score History By Region

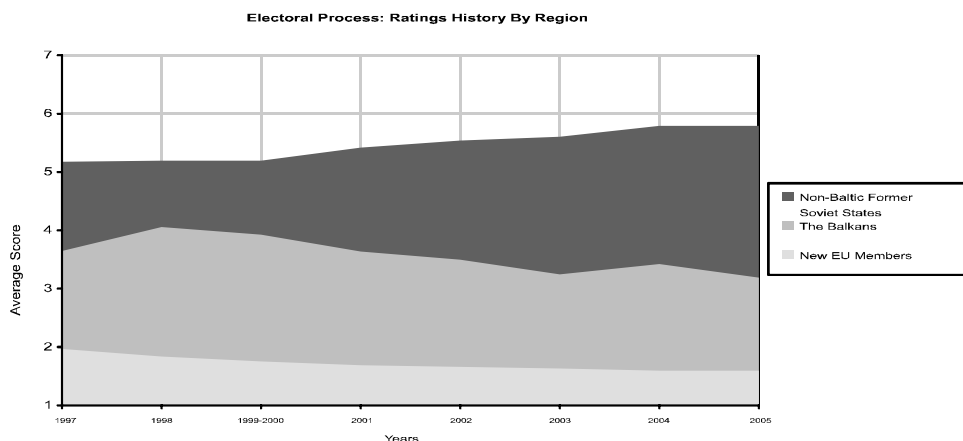


**NATIONS IN TRANSIT**  
Electoral Process: Ratings History By Region

	1997	1998	1999-2000	2001	2002	2003	2004	2005	05/97
<b>New EU Members</b>									
Czech Rep.	1.25	1.25	1.75	1.75	2.00	2.00	2.00	2.00	160.0
Estonia	2.00	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.50	1.50	75.0
Hungary	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	100.0
Latvia	2.00	2.00	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	87.5
Lithuania	2.00	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	87.5
Poland	1.50	1.25	1.25	1.25	1.25	1.50	1.50	1.75	116.7
Slovakia	3.75	3.50	2.50	2.25	1.75	1.50	1.50	1.25	33.3
Slovenia	2.00	2.00	2.00	1.75	1.75	1.50	1.50	1.50	75.0
Average	1.97	1.84	1.75	1.69	1.66	1.63	1.59	1.59	80.7
Median	2.00	1.75	1.75	1.75	1.75	1.63	1.50	1.63	81.5
<b>The Balkans</b>									
Albania	4.25	4.50	4.25	4.00	3.75	3.75	3.75	3.75	88.2
Bosnia	n/a	5.00	5.00	4.75	4.25	3.75	3.50	3.25	65.0(98)
Bulgaria	3.25	2.75	2.25	2.00	2.00	2.00	1.75	1.75	53.9
Croatia	4.00	4.25	4.25	3.25	3.25	3.25	3.25	3.00	75.0
Macedonia	3.50	3.50	3.50	3.75	4.50	3.50	3.50	3.00	85.7
Romania	3.25	3.25	2.75	3.00	3.00	2.75	2.75	2.75	84.6
Yugoslavia	n/a	5.00	5.50	4.75	3.75	3.75	n/a	n/a	
Serbia	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	3.50	3.25	
Montenegro	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	3.50	3.25	
Kosovo	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	5.25	4.75	
Average	3.65	4.06	3.93	3.64	3.50	3.25	3.42	3.19	87.4
Median	3.50	4.25	4.25	3.75	3.75	3.50	3.50	3.25	92.9
<b>Non-Baltic Former Soviet States</b>									
Armenia	5.50	5.75	5.25	5.50	5.50	5.50	5.75	5.75	104.6
Azerbaijan	5.75	5.50	5.50	5.75	5.75	5.75	6.00	6.25	108.7
Belarus	6.00	6.25	6.75	6.75	6.75	6.75	6.75	7.00	116.7
Georgia	5.00	4.50	4.00	4.50	5.00	5.25	5.25	4.75	95.0
Kazakhstan	5.50	5.50	6.00	6.25	6.25	6.50	6.50	6.50	118.2
Kyrgyzstan	5.00	5.00	5.00	5.75	5.75	6.00	6.00	6.00	120.0
Moldova	3.25	3.50	3.25	3.25	3.50	3.75	4.00	4.00	123.1
Russia	3.50	3.50	4.00	4.25	4.50	4.75	5.50	6.00	171.4
Tajikistan	6.00	5.75	5.50	5.25	5.25	5.25	5.75	6.00	100.0
Turkmenistan	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	100.0
Ukraine	3.25	3.50	3.50	4.00	4.50	4.00	4.25	3.50	107.7
Uzbekistan	6.25	6.50	6.50	6.75	6.75	6.75	6.75	6.75	108.0
Average	5.17	5.19	5.19	5.42	5.54	5.60	5.79	5.79	112.0
Median	5.50	5.50	5.38	5.63	5.63	5.63	5.88	6.00	109.1

5.79 : 3.19 = 1.82  
5.79 : 1.59 = 3.64

3.19 : 1.59 = 2.01

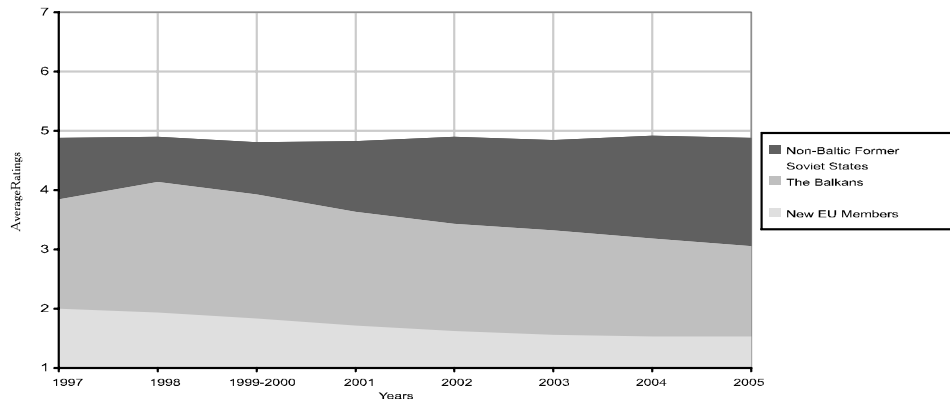


NATIONS IN TRANSIT  
Civil Society: Ratings History By Region

	1997	1998	1999-2000	2001	2002	2003	2004	2005	05/97
<b>New EU Members</b>									
Czech Rep.	1.50	1.50	1.50	1.50	1.75	1.50	1.50	1.50	100.0
Estonia	2.25	2.25	2.50	2.25	2.00	2.00	2.00	2.00	88.9
Hungary	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	100.0
Latvia	2.25	2.25	2.25	2.00	2.00	2.00	2.00	1.75	77.8
Lithuania	2.25	2.00	2.00	1.75	1.50	1.50	1.50	1.50	66.7
Poland	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	1.25	100.0
Slovakia	3.25	3.00	2.25	2.00	1.75	1.50	1.25	1.25	38.5
Slovenia	2.00	2.00	1.75	1.75	1.50	1.50	1.50	1.75	87.5
Average	2.00	1.94	1.84	1.72	1.63	1.56	1.53	1.53	76.3
Median	2.13	2.00	1.88	1.75	1.63	1.50	1.50	1.50	70.4
<b>The Balkans</b>									
Albania	4.25	4.25	4.00	4.00	3.75	3.75	3.50	3.25	76.5
Bosnia	n/a	5.00	4.50	4.50	4.25	4.00	3.75	3.75	75.0(98)
Bulgaria	4.00	3.75	3.75	3.50	3.25	3.25	3.00	2.75	68.8
Croatia	3.50	3.50	3.50	2.75	2.75	3.00	3.00	3.00	85.7
Macedonia	3.75	3.75	3.50	3.75	4.00	3.75	3.25	3.25	86.7
Romania	3.75	3.75	3.00	3.00	3.00	2.75	2.50	2.25	60.0
Yugoslavia	n/a	5.00	5.25	4.00	3.00	2.75	n/a	n/a	
Serbia	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	2.75	2.75
Montenegro	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	2.75	2.50	
Kosovo	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	4.25	4.00	
Average	3.85	4.14	3.93	3.64	3.43	3.32	3.19	3.06	79.5
Median	3.75	3.75	3.75	3.75	3.25	3.25	3.00	3.00	80.0
<b>Non-Baltic Former Soviet States</b>									
Armenia	3.50	3.50	3.50	3.50	3.50	3.50	3.50	3.50	100.0
Azerbaijan	5.00	5.00	4.75	4.50	4.50	4.25	4.50	4.75	95.0
Belarus	5.25	5.75	6.00	6.50	6.25	6.50	6.75	6.75	128.6
Georgia	4.50	4.25	3.75	4.00	4.00	4.00	3.50	3.50	77.8
Kazakhstan	5.25	5.00	5.00	5.00	5.50	5.50	5.50	5.50	104.8
Kyrgyzstan	4.50	4.50	4.50	4.50	4.50	4.50	4.50	4.50	100.0
Moldova	3.75	3.75	3.75	3.75	4.00	3.75	4.00	4.00	106.7
Russia	3.75	4.00	3.75	4.00	4.00	4.25	4.50	4.75	126.7
Tajikistan	5.50	5.25	5.25	5.00	5.00	5.00	5.00	4.75	86.4
Turkmenistan	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	100.0
Ukraine	4.00	4.25	4.00	3.75	3.75	3.50	3.75	3.00	75.0
Uzbekistan	6.50	6.50	6.50	6.50	6.75	6.50	6.50	6.50	100.0
Average	4.88	4.90	4.81	4.83	4.90	4.85	4.92	4.88	100.0
Median	4.75	4.75	4.63	4.50	4.50	4.38	4.50	4.75	100.0

4.88 : 3.06 = 1.59      3.06 : 1.53 = 2.00  
4.88 : 1.53 = 3.19

Civil Society: Ratings History By Region

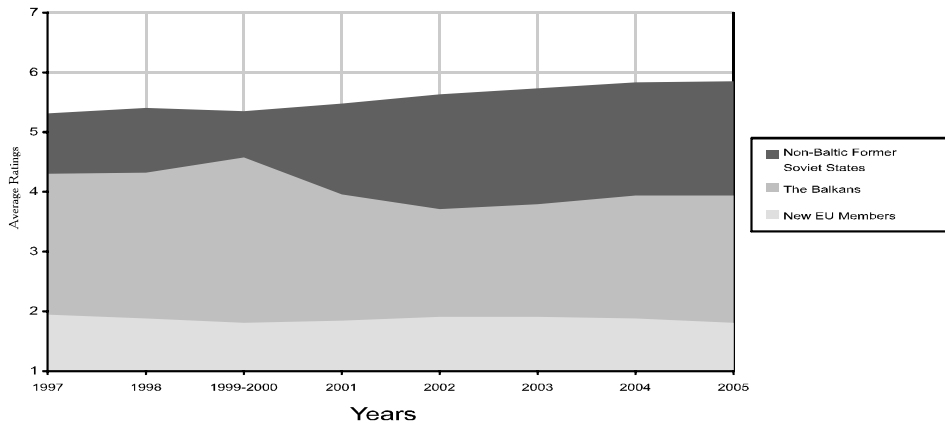


**NATIONS IN TRANSIT**  
Independent Media: Ratings History By Region

	1997	1998	1999-2000	2001	2002	2003	2004	2005	05/97
<b>New EU Members</b>									
Czech Rep.	1.25	1.25	1.75	2.00	2.50	2.25	2.25	2.00	160.0
Estonia	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.50	1.50	85.7
Hungary	1.50	1.50	2.00	2.25	2.25	2.25	2.25	2.50	166.7
Latvia	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.50	1.50	85.7
Lithuania	1.75	1.50	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	100.0
Poland	1.50	1.50	1.50	1.50	1.50	1.75	1.75	1.50	100.0
Slovakia	4.25	4.00	2.25	2.00	2.00	2.00	2.25	2.25	52.9
Slovenia	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.50	85.7
Average	1.94	1.88	1.81	1.84	1.91	1.91	1.88	1.81	93.3
Median	1.75	1.63	1.75	1.75	1.75	1.75	1.75	1.63	93.1
<b>The Balkans</b>									
Albania	4.75	4.75	4.50	4.25	4.00	4.00	3.75	4.00	84.2
Bosnia	n/a	4.75	5.00	4.50	4.25	4.25	4.25	4.00	84.2(98)
Bulgaria	3.75	3.50	3.50	3.25	3.25	3.50	3.50	3.50	93.3
Croatia	4.75	4.75	5.00	3.50	3.50	3.75	3.75	3.75	78.9
Macedonia	4.00	4.00	3.75	3.75	3.75	4.00	4.25	4.25	106.3
Romania	4.25	4.00	3.50	3.50	3.50	3.75	3.75	4.00	94.1
Yugoslavia	n/a	4.50	5.75	4.50	3.50	3.25	n/a	n/a	
Serbia	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	3.50	3.25	
Montenegro	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	3.25	3.25	
Kosovo	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	5.50	5.50	
Average	4.30	4.32	4.58	3.96	3.71	3.79	3.94	3.94	91.6
Median	4.25	4.50	4.50	3.75	3.50	3.75	3.75	4.00	94.1
<b>Non-Baltic Former Soviet States</b>									
Armenia	5.25	5.25	4.75	4.75	4.75	5.00	5.25	5.50	104.8
Azerbaijan	5.50	5.50	5.50	5.75	5.50	5.50	5.75	6.00	109.1
Belarus	6.25	6.50	6.75	6.75	6.75	6.75	6.75	6.75	108.0
Georgia	4.50	4.25	3.75	3.50	3.75	4.00	4.00	4.25	94.4
Kazakhstan	5.25	5.50	5.50	6.00	6.00	6.25	6.50	6.50	123.8
Kyrgyzstan	5.00	5.00	5.00	5.00	5.75	6.00	6.00	5.75	115.0
Moldova	4.00	4.25	4.00	4.25	4.50	4.75	5.00	5.00	125.0
Russia	3.75	4.25	4.75	5.25	5.50	5.50	5.75	6.00	160.0
Tajikistan	6.25	6.00	5.75	5.50	5.75	5.75	5.75	6.00	96.0
Turkmenistan	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	100.0
Ukraine	4.50	4.75	5.00	5.25	5.50	5.50	5.50	4.75	105.6
Uzbekistan	6.50	6.50	6.50	6.75	6.75	6.75	6.75	6.75	103.8
Average	5.31	5.40	5.35	5.48	5.63	5.73	5.83	5.85	110.2
Median	5.25	5.38	5.25	5.38	5.63	5.63	5.75	6.00	114.3

5.85 : 3.94 = 1.48      3.94 : 1.81 = 2.18  
5.85 : 1.81 = 3.23

Independent Media: Ratings History By Region



NATIONS IN TRANSIT  
Governance: Ratings History By Region

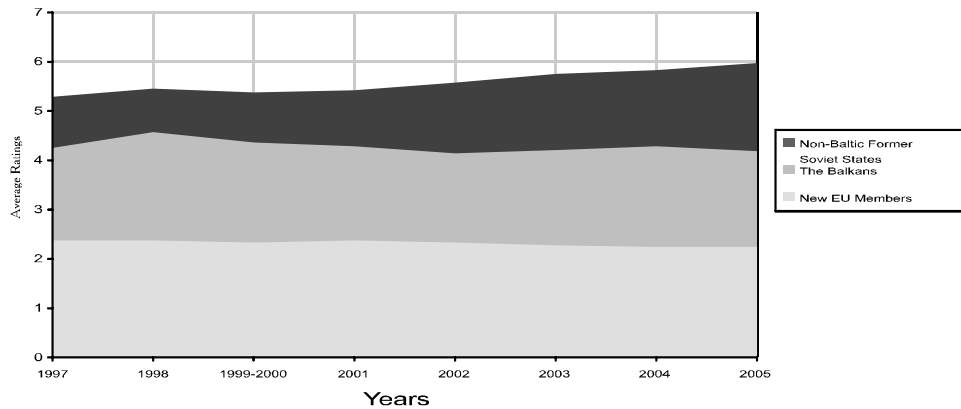
	1997	1998	1999 -2000	2001	2002	2003	2004	2005 (NGOV)	05/97	2005 (LGOV)
<b>New EU Members</b>										
Czech Rep.	2.00	2.00	2.00	2.00	2.25	2.25	2.25	2.50	125.0	2.00
Estonia	2.25	2.25	2.25	2.25	2.25	2.25	2.25	2.25	100.0	2.50
Hungary	1.75	1.75	2.50	3.00	3.00	2.50	2.50	2.00	114.3	2.25
Latvia	2.50	2.50	2.50	2.25	2.25	2.25	2.25	2.25	90.0	2.50
Lithuania	2.50	2.50	2.50	2.50	2.50	2.50	2.50	2.50	100.0	2.50
Poland	1.75	1.75	1.75	1.75	2.00	2.00	2.00	2.50	142.9	2.00
Slovakia	3.75	3.75	3.00	2.75	2.25	2.25	2.25	2.00	53.3	2.25
Slovenia	2.50	2.50	2.25	2.50	2.25	2.25	2.25	2.00	80.0	1.50
Average	2.38	2.38	2.34	2.38	2.34	2.28	2.25	2.25	94.5	2.19
Median	2.38	2.38	2.38	2.38	2.25	2.25	2.25	2.25	94.5	2.25
<b>The Balkans</b>										
Albania	4.75	5.00	4.75	4.25	4.25	4.25	4.25	4.25	89.5	3.25
Bosnia	n/a	6.00	6.00	6.00	5.50	5.25	5.00	4.75	79.2	4.75
Bulgaria	4.25	4.00	3.75	3.50	3.50	3.75	3.75	3.50	82.4	3.50
Croatia	4.00	4.00	4.00	3.50	3.50	3.75	3.75	3.50	87.5	3.75
Macedonia	4.00	4.00	3.00	3.75	4.25	4.50	4.00	4.00	100.0	4.00
Romania	4.25	4.00	3.50	3.75	3.75	3.75	3.75	3.50	82.4	3.00
Yugoslavia	n/a	5.00	5.50	5.25	4.25	4.25	n/a	n/a		n/a
Serbia	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	4.00	4.00		3.75
Montenegro	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	4.00	4.50		3.50
Kosovo	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	6.00	5.75		5.50
Average	4.25	4.57	4.36	4.29	4.14	4.21	4.28	4.19	98.6	3.89
Median	4.25	4.00	4.00	3.75	4.25	4.25	4.00	4.00	94.1	3.75
<b>Non-Baltic Former Soviet States</b>										
Armenia	4.50	4.50	4.50	4.50	4.50	4.75	4.75	5.00	111.1	5.50
Azerbaijan	6.25	6.25	6.25	6.25	6.00	5.75	5.75	6.00	96.0	6.00
Belarus	6.00	6.25	6.25	6.25	6.50	6.50	6.50	6.75	125.5	6.50
Georgia	4.50	5.00	4.50	4.75	5.00	5.50	5.75	5.50	137.5	6.00
Kazakhstan	5.50	5.50	5.00	5.00	5.75	6.25	6.25	6.50	118.2	6.25
Kyrgyzstan	4.25	4.50	5.00	5.25	5.50	6.00	6.00	6.00	141.2	5.75
Moldova	4.25	4.50	4.50	4.50	4.75	5.25	5.50	5.75	135.3	5.75
Russia	4.00	4.50	4.50	5.00	5.25	5.00	5.25	5.75	143.6	5.75
Tajikistan	7.00	6.75	6.25	6.00	6.00	6.00	5.75	6.00	85.7	5.75
Turkmenistan	6.75	6.75	6.75	6.75	6.75	6.75	7.00	7.00	103.7	7.00
Ukraine	4.50	4.75	4.75	4.75	5.00	5.00	5.25	5.00	111.1	5.25
Uzbekistan	6.00	6.25	6.25	6.00	6.00	6.25	6.25	6.50	108.3	6.25
Average	5.29	5.46	5.38	5.42	5.58	5.75	5.83	5.98	113.0	5.98
Median	5.00	5.25	5.00	5.13	5.63	5.88	5.75	6.00	120.0	5.88

NOTE: In Nations in Transit 2005, Freedom House introduces separate ratings for National Democratic Governance (NGOV) and Local Democratic Governance (LGOV). Ratings for previous years reflect the two combined.

5.98 : 4.19 = 1.43  
5.98 : 2.25 = 2.66

4.19 : 2.25 = 1.86

Governance: Ratings History By Region

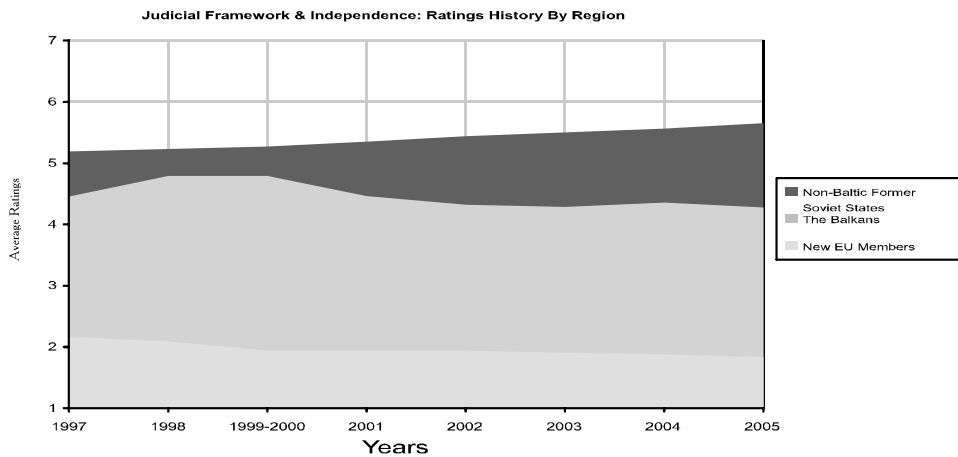


**NATIONS IN TRANSIT**  
Judicial Framework & Independence: Ratings History By Region

	1997	1998	1999-2000	2001	2002	2003	2004	2005	05/97
<b>New EU Members</b>									
Czech Rep.	1.50	1.50	2.25	2.50	2.50	2.50	2.50	2.50	166.7
Estonia	2.25	2.25	2.00	2.00	1.75	1.75	1.75	1.50	66.7
Hungary	1.75	1.75	1.75	2.00	2.00	1.75	1.75	1.75	100.0
Latvia	2.25	2.25	2.00	2.00	2.00	2.25	2.00	1.75	77.8
Lithuania	2.25	2.00	2.00	1.75	2.00	1.75	1.75	1.75	77.8
Poland	1.50	1.50	1.50	1.50	1.50	1.50	1.50	2.00	133.3
Slovakia	4.00	4.00	2.50	2.25	2.00	2.00	2.00	2.00	50.0
Slovenia	1.75	1.50	1.50	1.50	1.75	1.75	1.75	1.50	85.7
Average	2.16	2.09	1.94	1.94	1.94	1.91	1.88	1.84	85.2
Median	2.00	1.88	2.00	2.00	2.00	1.75	1.75	1.75	87.5
<b>The Balkans</b>									
Albania	4.75	5.25	5.00	4.50	4.50	4.25	4.25	4.50	94.7
Bosnia	n/a	6.00	6.00	5.50	5.25	5.00	4.50	4.25	70.8(98)
Bulgaria	4.25	3.75	3.50	3.50	3.50	3.50	3.25	3.25	76.5
Croatia	4.75	4.75	4.75	3.75	3.75	4.25	4.50	4.50	94.7
Macedonia	4.25	4.50	4.25	4.25	4.75	4.50	4.00	3.75	88.2
Romania	4.25	4.25	4.25	4.25	4.25	4.25	4.25	4.00	94.1
Yugoslavia	n/a	5.00	5.75	5.50	4.25	4.25	n/a	n/a	
Serbia	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	4.25	4.25	
Montenegro	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	4.25	4.25	
Kosovo	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	6.00	5.75	
Average	4.45	4.79	4.79	4.46	4.32	4.29	4.36	4.28	96.2
Median	4.25	4.75	4.75	4.25	4.25	4.25	4.25	4.25	100.0
<b>Non-Baltic Former Soviet States</b>									
Armenia	4.75	5.00	5.00	5.00	5.00	5.00	5.00	5.25	110.5
Azerbaijan	5.50	5.50	5.50	5.25	5.25	5.25	5.50	5.75	104.5
Belarus	6.00	6.25	6.50	6.75	6.75	6.75	6.75	6.75	112.5
Georgia	5.00	4.75	4.00	4.00	4.25	4.50	4.50	5.00	100.0
Kazakhstan	5.00	5.25	5.50	5.75	6.00	6.25	6.25	6.25	125.0
Kyrgyzstan	4.50	4.50	5.00	5.25	5.25	5.50	5.50	5.50	122.2
Moldova	4.25	4.00	4.00	4.00	4.00	4.50	4.50	4.75	111.8
Russia	4.00	4.25	4.25	4.50	4.75	4.50	4.75	5.25	131.2
Tajikistan	6.25	6.00	5.75	5.75	5.75	5.75	5.75	5.75	92.0
Turkmenistan	6.75	6.75	6.75	7.00	7.00	7.00	7.00	7.00	103.7
Ukraine	3.75	4.00	4.50	4.50	4.75	4.50	4.75	4.25	113.3
Uzbekistan	6.50	6.50	6.50	6.50	6.50	6.50	6.50	6.25	96.2
Average	5.19	5.23	5.27	5.35	5.44	5.50	5.56	5.65	108.9
Median	5.00	5.13	5.25	5.25	5.25	5.38	5.50	5.63	112.6

NOTE: Previously this category was known as Constitutional, Legislative and Judicial Framework.

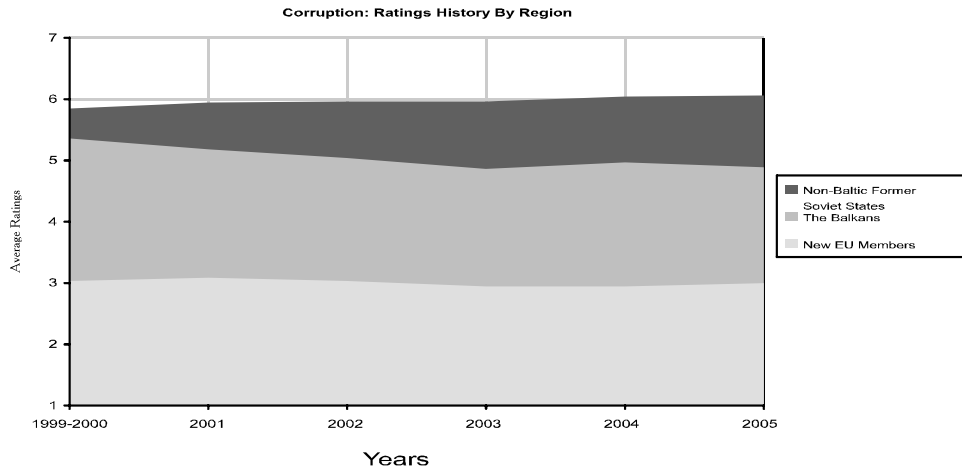
5.65 : 4.28 = 1.32      4.28 : 1.84 = 2.33  
5.65 : 1.84 = 3.07



NATIONS IN TRANSIT  
Corruption: Ratings History By Region

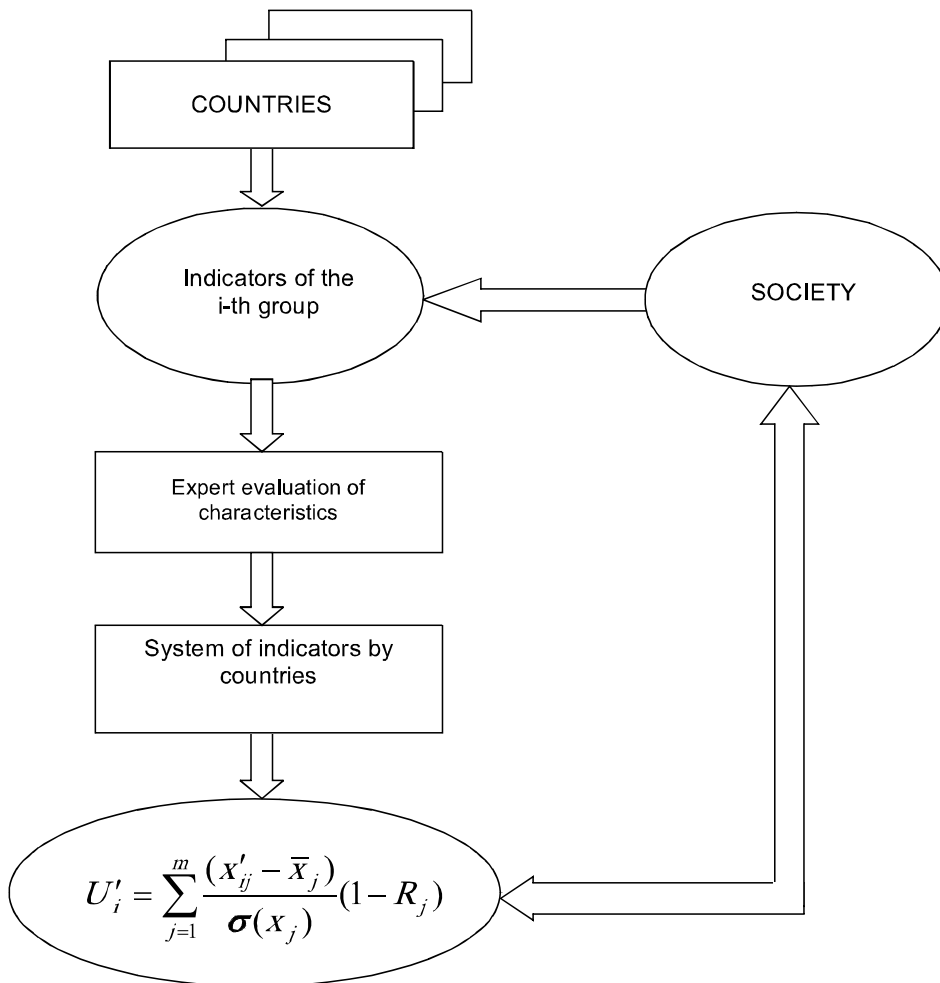
	1999-2000	2001	2002	2003	2004	2005	2005/99-2000
<b>New EU Members</b>							
Czech Rep.	3.25	3.75	3.75	3.50	3.50	3.50	107.7
Estonia	3.25	2.75	2.50	2.50	2.50	2.50	76.9
Hungary	2.50	3.00	3.00	2.75	2.75	2.75	110.0
Latvia	3.50	3.50	3.75	3.50	3.50	3.50	100.0
Lithuania	3.75	3.75	3.75	3.50	3.50	3.75	100.0
Poland	2.25	2.25	2.25	2.50	2.50	3.00	133.3
Slovakia	3.75	3.75	3.25	3.25	3.25	3.00	80.0
Slovenia	2.00	2.00	2.00	2.00	2.00	2.00	100.0
Average	3.03	3.09	3.03	2.94	2.94	3.00	99.0
Median	3.25	3.25	3.13	3.00	3.00	3.00	92.3
<b>The Balkans</b>							
Albania	6.00	5.50	5.25	5.00	5.25	5.25	87.5
Bosnia	6.00	5.75	5.50	5.00	4.75	4.50	75.0
Bulgaria	4.75	4.75	4.50	4.25	4.25	4.00	84.2
Croatia	5.25	4.50	4.50	4.75	4.75	4.75	90.5
Macedonia	5.00	5.00	5.50	5.50	5.00	5.00	100.0
Romania	4.25	4.50	4.75	4.50	4.50	4.25	100.0
Yugoslavia	6.25	6.25	5.25	5.00	n/a	n/a	
Serbia	n/a	n/a	n/a	n/a	5.00	5.00	
Montenegro	n/a	n/a	n/a	n/a	5.25	5.25	
Kosovo	n/a	n/a	n/a	n/a	6.00	6.00	
Average	5.36	5.18	5.04	4.86	4.97	4.89	91.2
Median	5.25	5.00	5.25	5.00	5.00	5.00	95.2
<b>Non-Baltic Former Soviet States</b>							
Armenia	5.75	5.75	5.75	5.75	5.75	5.75	100.0
Azerbaijan	6.00	6.25	6.25	6.25	6.25	6.25	104.2
Belarus	5.25	5.25	5.25	5.50	5.75	6.00	114.3
Georgia	5.00	5.25	5.50	5.75	6.00	5.75	115.0
Kazakhstan	6.00	6.25	6.25	6.25	6.50	6.50	108.3
Kyrgyzstan	6.00	6.00	6.00	6.00	6.00	6.00	100.0
Moldova	6.00	6.00	6.25	6.25	6.25	6.25	104.2
Russia	6.25	6.25	6.00	5.75	5.75	5.75	92.0
Tajikistan	6.00	6.00	6.00	6.00	6.25	6.25	104.2
Turkmenistan	6.00	6.25	6.25	6.25	6.25	6.50	108.3
Ukraine	6.00	6.00	6.00	5.75	5.75	5.75	95.8
Uzbekistan	6.00	6.00	6.00	6.00	6.00	6.00	100.0
Average	5.85	5.94	5.96	5.96	6.04	6.06	103.6
Median	6.00	6.00	6.00	6.00	6.00	6.00	100.0

6.06 : 4.89 = 1.24      4.89 : 3.00 = 1.63  
6.06 : 3.00 = 2.02





EVALUATION OF THE INTEGRAL LEVEL OF A SET OF FACTORS<sup>2</sup>



where  $x'_{ij}$  - level of j-th indicator of i-th country,  
 $\bar{x}_j$  - average level of j-th indicator in a general batch of data,  
 $R_j$  - coefficient of paired correlation along j-th indicator.  
 $U_i$  - integral level of sustainability.

<sup>2</sup> G. Harutyunyan, A. Mavčič. THE CONSTITUTIONAL REVIEW AND ITS DEVELOPMENT IN THE MODERN WORLD (A COMPARATIVE CONSTITUTIONAL ANALYSIS), Yerevan -Ljubljana, 1999, 401-403 p.

## КОНСТИТУЦИИ КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ: ПРАВОВАЯ НЕОБХОДИМОСТЬ И ПОЛИТИЧЕСКИЕ ПОСЛЕДСТВИЯ

**ДУМИТРУ ПУЛБЕРЕ**

*судья Конституционного Суда Республики Молдова*

Согласно конституционной доктрине, Конституция является неотъемлемым атрибутом и одновременно основным законом любого государства. Вместе с тем Конституция как таковая не всегда служит гарантом существования правового государства и демократического общества. Провозглашение определенных институтов функционирования властей и правозащитных систем может остаться на уровне декларации, если Конституцией не будет установлен реальный механизм ее гарантированного верховенства. Следовательно, институт конституционного правосудия - это неотъемлемая часть каждой Конституции и системы права в целом. Одним из первых государственных институтов, способствующих стабилизации и развитию конституционного строя, является Конституционный Суд.

Несомненно, что правовые позиции Конституционного Суда дополняют, развивают или конкретизируют Конституцию, порождая в некоторых случаях, фактически, новые конституционные нормы (вторичного, производного характера), вытекающие из конституционной доктрины и логики. По-разному можно относиться к этому явлению, но в современных условиях оно мотивировано необходимостью обеспечения политической и экономической стабильности в обществе, упрочения конституционного строя и реализации демократического потенциала Конституции.

\*\*\*

Конституция Республики Молдова, будучи Основным Законом государства, регламентирует основы социально-экономической и духовной жизни общества и его политической системы. Однако, несмотря на широту нормативного содержания, Конституция - это не всеобъемлющий акт, который отличался бы завершенностью или системной законченностью, ибо регулирует, причем нередко в общих чертах, лишь наиболее важные сферы общественных отношений. Явные или скрытые пробелы, действительные или мнимые противоречия, в принципе, неизбежны в любой Конституции. Их преодоление, конкретизация конституционных положений, в том числе и в процессе правоприменения, детальное урегулирование многих сфер общественных отношений осуществляются иными правовыми средствами и способами, которые должны соответствовать духу и букве Основного Закона. В этом

смысле большое значение имеет толкование Конституции Республики Молдова, которое отнесено к компетенции Конституционного Суда Республики Молдова.

Конституционный Суд согласно ст. 135 ч. (1) п. б) Конституции Республики Молдова наделен правом интерпретировать объективный смысл Конституции и конституционных законов, присущих им функций рационализации и стабилизации общества и ограничения государственной власти в смысле ее возможностей вторжения в сферу прав личности и гражданского общества, в их конкретных проявлениях.

Конституционное закрепление права давать толкование Конституции, как исключительная прерогатива Конституционного Суда, свидетельствует о том, что никакой иной орган государственной власти в Республике Молдова не может давать официальное и обязательное для органов государственной власти и местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений толкование Конституции.

Толкование норм Конституции требует в каждом конкретном случае тщательного анализа текста толкуемого положения, его смысла и цели. Однако объективный смысл Конституции не должен рассматриваться как нечто неизменное и неподвижное. В течение всего периода действия она может меняться под влиянием объективных обстоятельств. Речь идет не о новации текста Конституции, а о "молчаливом превращении" Конституции, т.е. ее обновлении без изменения конституционного текста. В этой связи видение интерпретатором конституционной нормы может не совпадать с представлениями создателей проекта Конституции, и эти представления могут служить лишь одной из отправных точек исследования конституционных положений, но отнюдь не исчерпывают всего богатства их содержания.

Толкование Конституции Республики Молдова Конституционным Судом состоит в преодолении неопределенности в понимании ее положений, в уяснении объективного смысла и выявлении содержащихся в ней позитивных правовых принципов. По существу толкование Конституции есть один из способов ее конкретизации, предшествующей применению ее норм. Постановления о толковании Конституции являются окончательными и не подлежат пересмотру каким-либо иным государственным органом.

Официальное толкование Конституции не может быть ограничено в объеме, поскольку оно зависит от юридических и этимологических особенностей интерпретируемых норм и выбора необходимых способов - буквального, ограничительного или расширительного толкования.

Обязательные прецеденты понимания и применения конституционных норм, которые содержатся в постановлениях Конституционного

Суда в форме различных правоположений, постепенно, как представляется, формируют необходимую подотрасль конституционного права - прецедентное конституционное право - которая свойственными ей методами регулирования значительно облегчает прямое действие Конституции. Конкретизировать нормы Конституции до такой степени, которая необходима для непосредственного их применения к подлежащим регулированию общественным отношениям, - в этом ее цель.

Благодаря императивной интерпретации норм Конституции, прецедентное конституционное право может: устанавливать обязательное конституционное понимание; предписывать обязательную модель конституционного действия; запрещать применение конституционных норм иначе, чем указано (разъяснено) или вытекает (определено) из текста Конституции и предыдущих нормативных постановлений Конституционного Суда.

С точки зрения юридического содержания, постановления Конституционного Суда об официальном толковании норм Конституции "подконституционны", а с точки зрения действия - "приконституционны".

Конституционный Суд дает толкование норм Конституции в соответствии с Законом о Конституционном Суде исключительно по запросам субъектов, наделенных данным правом: Президента Республики Молдова; Правительства; министра юстиции; Высшей судебной палаты; Экономического суда; Генерального прокурора; депутата Парламента; парламентской фракции и парламентского адвоката.

Предметом регулирования прецедентного конституционного права является, прежде всего, устранение противоречий в отношениях между субъектами конституционного права в части осуществления полномочий, предоставленных Конституцией. Это могут быть: организационно-правовые отношения по вопросам избрания, назначения и освобождения должностных лиц государства; промульгации законов Президентом; представительства и осуществления полномочий депутатов; принятия законов и постановлений; и, наконец, это противоречия, возникающие на разных стадиях законодательного процесса.

Решения Конституционного Суда, как было отмечено ранее, являются источниками права, и им присуща материально-правовая сила закона. Прецеденты, как и акты толкования, имеют нормативно-регулирующее значение, и в этом смысле они также являются высшими по своей юридической силе правовыми нормами, распространяющимися на неопределенный круг случаев и субъектов конституционно-правовых отношений. Так, статья 28 Закона о Конституционном Суде Республики Молдова предусматривает, что решения Суда обязательны не только для участников конституционного спора, но и иных субъектов права.

Решения о толковании Конституции должны быть совместимы с другими принятыми решениями. Решение по делу о толковании Консти-

туции не должно противоречить ранее принятым решениям о толковании или решениям по конкретным делам, в которых дано казуальное толкование конституционных норм. Если требование о совместности между собой решений об официальном толковании Конституции является императивным, то требование о совместности решений о толковании и решений по конкретным делам является весьма желательным, но не абсолютным.

Конституционный Суд может оказывать определенное влияние на деятельность органов публичной власти путем толкования конституционных норм при разрешении конкретных дел и в порядке официального толкования Конституции.

Подвергнув толкованию ряд статей Высшего закона, Конституционный Суд Республики Молдова на протяжении своей деятельности разрешил ряд комплексных вопросов, касающихся деятельности ветвей власти. Важно отметить, что ни одна публичная власть не вправе применять нормативные и правовые акты, противоречащие конституционным нормам, толкование которых дано в постановлении Конституционного Суда.

Осуществляя свои полномочия по рассмотрению конституционности нормативных актов, Конституционный Суд принял ряд важных постановлений.

По обращению депутата Парламента Конституционный Суд дал толкование положений статьи 93 Конституции Республики Молдова о промульгации законов, согласно которым Президент Республики Молдова вправе, если у него есть замечания по закону, не позднее чем в двухнедельный срок направить его Парламенту для пересмотра. Если Парламент проголосует за прежнее решение, Президент осуществляет промульгацию закона.

Так, Конституционный Суд разъяснил, что законы, по которым Президент Республики Молдова не имеет замечаний, а также законы, пересмотренные Парламентом, независимо от того, сохранила ли законодательная власть свое прежнее решение или в законы внесены изменения в соответствии с предложениями главы государства, промульгируются Президентом Республики Молдова не позднее чем в двухнедельный срок с даты регистрации закона в Президентуре Республики Молдова.

Конституционный Суд подчеркнул в своем постановлении: «Считается, что Парламент сохранил ранее принятое решение, если оно принято большинством голосов, установленным для этой процедуры Регламентом Парламента, однако это число голосов не может быть меньше числа голосов при первичном голосовании закона».

Хочу отметить постановление Конституционного Суда, касающееся толкования ст. 74 ч. (1) и (2) Конституции, озаглавленной "Принятие законов и постановлений". Авторы обратились в Конституционный

Суд с запросом о толковании указанных конституционных положений в следующем аспекте: каким большинством голосов избранных или присутствующих депутатов принимается проект органического закона в первом и во втором чтении, а также в случае, когда для принятия закона предусмотрены три чтения, а Парламент высказывается по проекту закона во втором чтении, приняв постановление.

В связи с аргументами, приведенными в обращении, Конституционный Суд отметил, что в данном случае недопустимо подвергать сравнению либо противопоставлению этапы принятия органического закона, рассматриваемого в соответствующем чтении (первом, втором и последующем), поскольку каждое чтение закона предполагает определенную процедуру обсуждения проекта закона, характерную только для данного чтения.

Процедура голосования предусматривает, что органические законы принимаются большинством голосов избранных депутатов, а обычные законы, постановления и другие акты принимаются большинством голосов присутствующих депутатов. Проект органического закона в первом или в последующих чтениях принимается постановлением Парламента большинством голосов присутствующих на заседании депутатов, а в последнем чтении органический закон принимается большинством голосов избранных депутатов.

Автор обратился в Конституционный Суд с запросом о толковании положений ст. 116 ч. (3) Конституции Республики Молдова, предусматривающих, что председатели и заместители председателей судебных инстанций назначаются Президентом Республики Молдова по представлению Высшего совета магистратуры на 4-летний срок, в следующем аспекте: распространяется ли данный 4-летний срок на все судебные инстанции, в том числе на Высшую судебную палату.

Конституционный Суд отметил, что принцип организации и деятельности судебной власти можно определить как правила общего характера, на основании которых построены судебные инстанции и осуществляют свою деятельность в соответствии с законом, отношения между ними, а также связи, устанавливаемые с другими властями в государстве, с частными организациями и гражданами.

Эти правила характеризуют организацию судебной системы, наделяют судебную власть отличительными чертами и определяют ее деятельность. Они закреплены в Конституции и органических законах об организации и деятельности судебных инстанций. Основные принципы организации и деятельности правосудия едины для всех судебных инстанций, независимо от их характера.

Ст. 115 Конституции, озаглавленная "Судебные инстанции", четко устанавливает, что правосудие осуществляется Высшей судебной палатой, апелляционными палатами и судами.

Конституционный Суд установил, что поскольку Высшая судебная палата является одной из трех судебных инстанций, осуществляющих правосудие в Республике Молдова, конституционное положение о 4-летнем сроке, на который назначаются председатели и заместители председателей судебных инстанций, содержащееся в ст. 116 ч. (3) Конституции, носит общий характер по отношению к ч. (4) этой же статьи, регламентирующей назначение председателя и заместителей председателя Высшей судебной палаты.

Следует отметить, что вскоре, после принятия данного постановления, Парламент Республики Молдова внес изменения в Закон о Высшей судебной палате, согласно которым председатель и заместители председателя Высшей судебной палаты назначаются на должность на четырехлетний срок.

Не менее важное значение имеют решения Суда о толковании Конституции и в нормотворческом процессе. Так, ни один орган государственной власти не вправе принимать нормативные и иные правовые акты, противоречащие Конституции Республики Молдова в истолковании их Конституционным Судом.

Постановления Конституционного Суда являются, в некотором смысле, «конституционной санкцией», влекущей за собой различные политические последствия. Например, роспуск Парламента главой государства, происходящий в результате возникшего конфликта между законодательной и исполнительной властями в случаях невозможности формирования Правительства или блокирования в течение трех месяцев процедуры принятия законов. Посредством роспуска Парламента и последующих выборов избирателям предоставляется возможность конституционным путем разрешить конфликт между ветвями власти.

Считаю необходимым отметить и постановление, в котором Конституционный Суд указал, что выборы Президента являются действительными только в том случае, если в них приняли участие не менее чем 61 депутат - три пятых из числа избранных депутатов.

\*\*\*

Конституция как таковая не может быть зеркальным отражением правовой действительности, чаще они соотносятся как должное и сущее. Сближать их призван режим конституционности, полнее обеспечиваемый Конституционным Судом, органами юстиции, прокуратуры и судом, а также соответствием Конституции законодательного процесса и закона, системы действующего в стране права и подзаконность государственного управления. К сожалению, многие нормы действующей Конституции не выполняются. Допускаются нарушения прав и свобод человека и гражданина, отклонения от принципов и ориентиров общих положений Конституции.

Единообразное понимание и применение Конституции на всей территории страны определяют состояние правопорядка и демократии в обществе.

Для большей интегрированности в практике живого конституционализма норм Конституции и положений, продолжающих (развивающих и дополняющих) содержание Конституции за пределами ее собственно текстуального выражения, логичным было бы инкорпорировать правоположения, накопленные в разных постановлениях Конституционного Суда.

В заключение отметим, что толкование Конституции Конституционным Судом, несомненно, способствует усилению его роли и престижа, более полному раскрытию его юридической природы и сущности. Толкование выявило такие основные, приоритетные конституционные ценности, как: защита основ конституционного строя (принципа разделения властей, целостности территории Республики Молдова), прав и свобод человека и гражданина, охрана целостности Конституции Республики Молдова.

## SUMMARY

According to the constitutional doctrine, the Constitution is an inalienable attribute and, at the same time, it is the fundamental law of any state. Meanwhile, the Constitution itself does not always serve as the warrant for the realization of the rule-of-law state and democratic society. Declaration of a set of institution of functioning of powers and law defending system may remain at the level of declaration if the Constitution has not established the realistic mechanism of its guaranteed rule. Thus, the institute of the constitutional justice is an inalienable part of each Constitution and the law system. It is indisputable that the legal positions of the Constitutional Court supplement, develop and concretize the Constitution, in some cases giving birth to factually new constitutional norms (of secondary, derivative character) following from the constitutional doctrines and logic. This can be approached differently, but in the contemporary conditions it is motivated by the necessity of guaranteeing the political and economic stability in the society, consolidation of the constitutional order and realization of democratic potential of the Constitution.

The Constitution is an inalienable act, which differs with its completion, or system accomplishment as it regulates only the main spheres of the public relations. Evident or latent gaps, valid or imaginary contradictions are inevitable in any Constitution. Overcoming and concretization of the constitutional positions, as well as in the process of law enforcement, detailed regulation of many spheres of the public relations is realized by



other legal means and ways which must correspond to the essence of the Fundamental Law. The interpretation of the Constitution of the Republic of Moldova plays a big role. None of the bodies of the state power of the Republic of Moldova can provide with an official and obligatory interpretation of the Constitution.

Interpretation of the norms of the Constitution in any case demands a detailed analysis of the meaning and aim of the context. But the objective meaning of the Constitution can not be considered as something unchangeable and still. During the whole period of action, it may change under the influence of objective circumstances. The novation of the context of the Constitution is not spoken about but "the silence conversion" (i.e. the novation of the context without changes) of the Constitution is mentioned.

The interpretation of the Constitution is one of the means of its concretization, which precedes the application of its norms. The obligatory precedents of comprehension and application of the constitutional norms which are expressed in the positions of the Constitutional Court, as various legal positions gradually form a necessary sub-branch of the constitutional law, i.e. precedent constitutional law, which with the help of the methods of regulation facilitates the direct effect of the Constitution.

Owing to the imperative interpretation of the norms of the Constitution, the precedent constitutional law can establish an obligatory constitutional comprehension: order an obligatory model of the constitutional action; ban the application of the constitutional norms the other way than mentioned (explained) or deprives (is defined) from the Context of the Constitution and the previous normative positions of the Constitutional Court.

From the point of the judicial context, the positions of the Constitutional Court on the official interpretation of the norms of the Constitution are "sub-constitutional" and from the point of effect - "preconstitutional".

The decision of the interpretation of the Constitution must be compiled with other adopted decisions. On the case of the decision of interpretation of the Constitution, it must not contradict with previously adopted decisions on the interpretation or with the decisions carried on the special cases where a casual interpretation of a decision is given. If the requirement of the compatibility of the decisions on the official interpretation is imperative, the requirement of compatibility of decisions on the interpretation and decision on concrete cases can be rather desirable but not absolute.

With the help of interpretation of the number of articles of the Supreme Law, the Constitutional Court of the Republic of Moldova in the duration of its activity solved a number of complex issues concerning the activity of the branches of power. It is important to mention that none of the social branches is authorized to adopt normative and legal acts, which contradicts

the constitutional norms, the interpretation of which is presented in the positions of the Constitutional Court.

The interpretation of the Constitution by the Constitutional Court helps the strengthening of its role and prestige, reveals the main, prior constitutional values because the protection of the basis of the constitutional order (principle of separation of the powers, territorial integrity of the Republic of Moldova), human rights and freedoms of the person and the citizen, security of the integrity of the Republic of Moldova.



# DISPUTES OVER SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS: LAW, POLITICS, MONEY

**CHERYL SAUNDERS**

*President of the International Association of the Constitutional Law*

## **1. Introduction**

The role of a Constitutional Court is difficult and highly sensitive. The core function of such a court, from which it derives its reason for existence, is to preserve constitutionalism, including the rule of law. A Constitutional Court is a deliberate check and balance in a constitutional system. It offers protection to individuals, many of whom may be highly vulnerable, against the unlawful exercise of public (and sometimes private) power. It assists to maintain the integrity of the system as a whole, in ways that range from helping both the state and its people to understand the meaning and effect of the Constitution to imposing on the organs of government a form of accountability for their actions, which also has the advantage of transparency. In some circumstances, decisions of a Constitutional Court will preclude the government or the legislature from doing what it wishes to do. Depending on the circumstances, this may take courage and a clear perception on the part of the Court of the scope and legitimacy of its role.

But a Constitutional Court does not operate in a vacuum. It is part of the system of government, in a symbiotic relationship with the other institutions of the state, sharing responsibility for the well-being of the people. In carrying out its function, a Constitutional Court naturally and properly takes into account the potential impact of a decision on the polity as a whole and on the integrity of the system of constitutional control, including the standing of the court and compliance with its decisions. In acknowledging this reality, however, I do not want to be misunderstood. This is an approach to adjudication that requires wisdom rather than expediency and strategic vision rather than judicial self-interest.

Striking this balance, generally and in particular cases, is important for any court with a constitutional jurisdiction. It is particularly important following the establishment of a new Constitution, with a new Court, and perhaps even more so in states that are in transition. In these circumstances, a Court is establishing itself as a key institution of government, in the eyes of the other institutions and of the public at large. Its image, its reputation and the effectiveness of its role may depend on the actions taken at this

time. At the same time, it is laying the foundations on which its jurisprudence will build, and determining its approach to the interpretation of the Constitution. Again, much of the doctrine established at this time may well prove enduring, or at least highly influential.

Courts generally have a range of techniques at their disposal to assist them to strike this balance in a way that gives primacy to constitutional principle without intruding beyond their sphere into the proper and accepted domain of the other institutions. These mechanisms typically are available at different stages of the process of adjudication. Most obviously, they may affect:

- Acceptance of a matter: where, for example, the Court considers that it lacks jurisdiction, or that a matter is not suitable for judicial determination
- Deliberation on a matter: a Court sometimes may, for example, decide a case on relatively settled point, avoiding a larger and more contentious issue
- The nature of the final order: a Court may have the capacity to choose between remedies that are more or less intrusive or may be able to postpone a remedy to enable a defendant institution to take remedial action itself.

The detail of such techniques varies, depending on the legal system, the constitutional framework and the powers and constitution of the Court. The choice of particular techniques almost always will depend on the circumstances of particular cases.

One genre of constitutional questions that notoriously raises sensitive issues is the protection of social or economic rights. The sensitivities are at least two-fold. First, disputes over such rights often have substantial budgetary implications, which normally are regarded as the responsibility of the elected branches of government, denied to the courts on the grounds of both legitimacy and capacity. Secondly, social and economic policies typically are the tools used by the elected branches to pursue their vision for the state and to shore up their electoral support. Interference by a court in these circumstances may well meet a hostile reaction. Partly for these reasons, common law states have tended to eschew constitutional protection for social and economic rights, at least in justiciable form. In consequence, when States such as India wanted to give social and economic rights constitutional status, they recognised them as non-justiciable directives of state policy, and withheld the sanction of judicial enforcement.

The new post-apartheid constitutional settlement in South Africa departed from this pattern. The importance of social and economic rights in the transformation of the new South Africa caused their inclusion in the Constitution in a form that, potentially, was justiciable. It thus fell to the

new Constitutional Court to interpret and apply the rights in a way that gave them effect, within the limits of the judicial function. South Africa therefore provides a useful case study of how one particular court, newly established pursuant to a new Constitution, sought to strike the balance between what the title to this colloquium describes as legal principle and political reality. In what follows, I examine the South African experience, both to illustrate how the Constitutional Court of South Africa went about its task and to determine whether more general conclusions can be drawn from it.

## 2. South Africa as a case study

### *a. Constitutional framework*

South Africa has a mixed legal system. Its public law, however, is recognisably in the style of the common law. Consistently with the normal pattern of common law constitutionalism, the Constitution is established as fundamental law, to be enforced through courts, through a process of concrete constitutional review, generally at the instance of individuals or groups. In a departure from the design of the court system in most common law states, however, responsibility for constitutional adjudication under the final Constitution of South Africa of 1996<sup>1</sup> was conferred on a specialist Constitutional Court, in large part to avoid entrusting the interpretation of the new Constitution to judges associated with the former regime. The constitutional jurisdiction of this Court is not exclusive, but it is final. Generous rules of standing determine access to the courts in constitutional cases<sup>2</sup> and the courts have broad discretion in relation to the remedies that they may grant<sup>3</sup>.

A Bill of Rights in Chapter 2 of the Final Constitution offers protection for a wide range of rights including rights in relation to housing<sup>4</sup> and to health care, food, water and social security<sup>5</sup>. These rights are expressed to be available to "everyone". They are drafted in a distinctive style, drawing loosely on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). Sections 26(1) and 27(1) respectively create the "right" in question: to "access to adequate housing", for example, in the case of section 26(1). Sections 26(2) and 27(2) acknowledge the particular difficulties created by rights of this kind by imposing on the state an obligation to "take reasonable legislative and other measures, within its available

---

<sup>1</sup> An earlier, interim Constitution is not relevant for present purposes.

<sup>2</sup> Section 38

<sup>3</sup> Section 38, "...the court may grant appropriate relief..."; section 172 "a court ...may make any order that is just and equitable".

<sup>4</sup> Section 26

<sup>5</sup> Section 27

resources, to achieve the progressive realisation of this right". Sections 26(3) and 27(3) provide certain, relevant, negative rights. Section 27(2) for example, provides that "no one may be refused emergency medical treatment"<sup>6</sup>. Like the other rights in the Bill of Rights these are subject to the general limitations clause, pursuant to which rights may be limited "only in terms of a law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors..."<sup>7</sup>.

On their face, these provisions raise a host of questions. One, very basic, question is whether they are justiciable at all. This issue was settled early, in the *Certification* case, in which, in response to a challenge to the inclusion of non-justiciable rights in the Constitution the Court observed that the rights were "at least to some extent, justiciable"<sup>8</sup>. What this meant, given the wording of the sections, remained to be decided. Given the broad similarity of these sections with the wording of the ICESCR, one possibility was to adopt the Convention notion of "core" content for each right that, as a minimum, the State must provide<sup>9</sup>. On the other hand, given the magnitude of the task of restructuring that the new government faced, judicial enforcement of the concept of a core of economic and social rights might well prove impracticable.

There have been four major decisions of the Constitutional Court in which individual complaints about social and economic rights have been resolved and through which the jurisprudence has progressively developed: *Soobramoney v Minister of Health*<sup>10</sup>, *KwaZulu-Natal Government of the Republic of South Africa v Grootboom*<sup>11</sup>, *Minister of Health v Treatment Action Campaign*<sup>12</sup> and *Khosa v Minister of Social Development*. These are examined in the next part. In relation to each case, I am concerned (1) to isolate the particular sensitivities in the issue before the Court (2) to identify the techniques used by the Court to resolve the case, bearing these sensitivities in mind and (3) to assess the significance of the outcome in terms both of the resolution of the immediate problem and of broader strategic considerations.

---

<sup>6</sup> See generally, Sandra Liebenberg "South Africa's evolving jurisprudence on Socio-Economic Rights", Socio-Economic Rights Project CLC, UWC, 2002, p.5

<sup>7</sup> Section 36

<sup>8</sup> Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly; in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996(4) SA 744, para 78

<sup>9</sup> See *Government of Republic of South Africa v Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC) para 29

<sup>10</sup> 1998 (1) SA 765 (CC)

<sup>11</sup> 2001(1) SA 46 (CC)

<sup>12</sup> CCT 8/02

**b. Four cases**

*Soobramoney* came before the Court in 1997, shortly after the final Constitution came into effect. The applicant had chronic renal failure as well as diabetes, heart disease and cerebro-vascular disease. He had been refused dialysis treatment by the Addington state hospital. It was clear that in the absence of such treatment he would shortly die. In considering the applicant's case, the hospital had followed its own internal guidelines, developed in recognition of the fact that it could not provide dialysis to everyone who sought it and excluding from eligibility, inter alia, people with "significant vascular or cardiac disease." The Court accepted the hospital's claim that it had insufficient funds to provide dialysis service for all. It accepted also that "this is a nation-wide problem and resources are stretched in renal clinics throughout the land"<sup>14</sup>. *Soobramoney* applied to the Court for relief under section 27(3) of the Constitution, which provided that "no one may be refused emergency medical treatment". His application was unsuccessful.

Had the application been resolved as a denial of emergency medical treatment, pursuant to section 27(3), it would have had severe budgetary implications. In effect, the decision could have meant that every person with chronic renal failure was constitutionally entitled to dialysis at state expense, with significant consequences for the funding of other programs. In the event, the Court handled the case primarily in terms of section 27(2). It disposed of the argument based on section 27(3), using contextual and purposive approaches to interpretation, to conclude that Mr *Soobramoney's* circumstances did not represent an emergency but an "ongoing state of affairs...which is incurable"<sup>15</sup>. The argument was not particularly convincing; the notion that the sections must be understood in their textual and broader context nevertheless has remained, as an important step in the reasoning of the Court in all such cases.

The applicant failed under the other parts of section 27 as well. By reading the entire section in context, the Court held that section 27(2) conditioned the ostensibly individual rights in section 27(1). And there was no breach of section 27(2) itself. The Court accepted that guidelines were necessary and that, on the evidence, there was nothing to suggest that these guidelines were unreasonable or had not been "applied fairly and rationally"<sup>16</sup>. It concluded on this point that "A court will be slow to interfere with rational decisions taken in good faith by the political organs and medical authorities whose responsibility it is to deal with such matters"<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> At [24]

<sup>15</sup> At [21]

<sup>16</sup> At [25]

<sup>17</sup> At [29]

From the standpoint of the applicant, the decision was a tragedy: a consequence that the Court acknowledged. In a context in which the meaning of the provisions in issue was ambiguous, the Court clearly was influenced by wider considerations, about its own role vis-a-vis that of other branches. On the other hand, it did not entirely abandon its individual rights focus, poor comfort though this may have been to the applicant. Thus it went to some lengths to identify circumstances in which the right not to be refused emergency treatment would be likely to be attracted<sup>18</sup>. And it sought to justify its decision by reference to similar circumstances elsewhere and an understanding of the meaning of rights in a broader community setting<sup>19</sup>. Its judgment also had the advantage of introducing into the public record the government's own policies and justifications for them, with some advantage for accountability and transparency.

The second case, *Grootboom*, concerned the eviction of 900 people, including 510 children, from informal housing that they had illegally established for themselves on someone else's land, after waiting for years for action on their application for low-cost housing. They sought to enforce the right to housing under section 26 of the Constitution or, alternatively, the right of children to "shelter" under section 28. The governments, for their part, gave evidence before the Court about the challenge of providing adequate housing in the circumstances that prevailed in South Africa after the fall of apartheid and the legislative and other policy initiatives that were underway. The applicants argued nevertheless for an interpretation of section 26 that identified a minimum core that, in their case, had not been provided. The High Court, at first instance, accepted that the government was in breach of the provision protecting children's rights and ordered remedial action, to be supervised by the Court itself. On appeal, the Constitutional Court accepted the claim largely by reference to section 26 instead<sup>20</sup> and its order took the significantly more restrained form of a declaration.

The judgment in *Grootboom* was central to the establishment of the doctrine that now prevails. The Court rejected the argument for a minimum core, for a mixture of textual and institutional reasons<sup>21</sup>. Instead, it developed an approach to the interpretation of the sections that focused literally on the requirements of section 26(2) and its equivalents themselves. There was a requirement for "*reasonable* legislative and other measures".

<sup>18</sup> At [18],[20]

<sup>19</sup> At [31]; see also Sachs J at [52],[54]: "Chaskalson P's judgment, as I understand it, does not merely 'toll the bell of lack of resources'. In all the open and democratic societies based upon dignity, freedom and equality with which I am familiar, the rationing of access to life-prolonging resources is regarded as integral to, rather than incompatible with, a human rights approach to health care".

<sup>20</sup> Although not in the care of their families have a (presumably enforceable) right under section 28

<sup>21</sup> [33]-[36]



The obligation was bounded by "available resources". And the effect must be "progressive achievement" of the right. In examining the actions taken by governments by reference to these various requirements the Court repeatedly acknowledged the efforts that had been made. It also noted that it was concerned only whether these requirements are met and not, for example, with whether they would have been more effectively met by different policies. There was a breach of section 26(2) nevertheless, because the existing policies made no provision for people in crisis in circumstances where no relief could be expected in the short or medium term<sup>22</sup>. It followed that the requirements of section 26(2) and in particular the requirement of "reasonableness" were not met.

The decision of the Court in *Grootboom* required revision of government policy, and reallocation of resources. It was hailed as a major breakthrough in mechanisms for judicial enforcement of constitutional protection for social and economic rights; and indeed, it was important for this reason. It is clear, however, even in this case, that the Court had a wary eye on the proper scope of its own authority. The remedy that it eventually granted gave to the government the responsibility of developing an appropriate plan, within very broad guidelines. It gave the applicants themselves no directly enforceable entitlement to housing and rebuked the Court below for its order to that effect: "The High Court order...ought not to have been made"<sup>23</sup>. The remedy granted by the Constitutional Court was cast in terms of a declaration instead, although there was some suggestion that the Human Rights Commission would monitor and report on performance.

The *Treatment Action Campaign* case was highly politically charged. At issue was the question whether the government was in breach of the Constitution by failing to provide an anti-retroviral drug to pregnant women, to inhibit the transmission of HIV/AIDS to their babies, except in a few controlled "pilot" studies. The applicants argued that the government was in breach of section 27, in relation to "health care services, including reproductive health care" or, alternatively, to an aspect of the rights of children under section 28. The court below accepted the argument, ordering the government to make the drug available in prescribed circumstances and to introduce an effective program for the reduction of mother to child transmission of HIV, to be submitted to the Court itself. The government appealed to the Constitutional Court.

The explanation of and treatment for HIV/AIDS was at the time a politically contested issue in South Africa. The policy on the provision of drugs to pregnant women was part of the wider debate. Resources were at best a minor issue. The government made it clear in argument, however, that it regarded the case as one that raised questions about the boundaries

<sup>22</sup> [64-5]

<sup>23</sup> [95]

between the authority of the Court and the elected branches of government. In particular they argued that the Court should show "deference" to the government in the formulation of its policies and be restrained in the order that it makes when it has concluded that the government is in breach<sup>24</sup>. The Court nevertheless held that the government was in breach and issued a mandatory order, although in terms somewhat less intrusive than the order of the High Court.

Once again, the techniques adopted by the Constitutional Court in meeting these various pressures are of some interest. They may be characterised as follows. First the Court consolidated the jurisprudence that had emerged in the two earlier cases. It read the sections in their textual, historical and social context; it dismissed arguments that there was a guaranteed core of rights to which individual applicants were entitled. Secondly, it examined the government's own arguments in great detail, carefully refuting each one. In this respect it was somewhat assisted by the weakness of the government's own case. Thirdly, it confronted directly the issue of institutional boundaries that the government had raised. In this context, while it acknowledged the limitation on the role of the courts and the reality that certain matters are "pre-eminently within the domain" of particular institutions<sup>25</sup>, it equally insisted on its own obligations, "to the Constitution and the law", mandated by the Constitution itself<sup>26</sup>. In this connection it also explained again its role in relation to rights provisions of this kind: "to require the state to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of these measures to evaluation"<sup>27</sup>. Fourth, in applying the by now established reasonableness test, it adverted once again to an apparent gap in the policy, which failed to make provision for those most desperately in need<sup>28</sup>. Finally, it examined the arguments against mandatory orders in detail, but made specific orders just the same, requiring the provision of the disputed drug, although acknowledging that the government retained flexibility to develop other and different policies that would prevent mother-to-child transmission of HIV.

The outcome was broadly consistent with the two previous cases, thus adding to what was becoming an established and relatively predictable body of jurisprudence. The politically delicate issues were handled by meeting the arguments directly, giving the government some leeway, but insisting on compliance with the terms of the Constitution. Particularly remarkable was the willingness of the Court to make a mandatory order, running the risk that the government might not comply (and, indeed, it was slow to do so).

---

<sup>24</sup> [22]

<sup>25</sup> [98]

<sup>26</sup> [99]

<sup>27</sup> [38]

<sup>28</sup> [67]ff

The final case of *Khosa* raised an issue of a different kind: the constitutionality of legislation restricting welfare benefits to South African citizens and thereby denying them to permanent residents of the State. The issue potentially engaged section 27 of the Constitution, conferring on "everyone" a right to access to "social security", subject to the usual caveat in sub-section (2). This time, the issue had potentially significant financial implications, the precise extent of which remained unclear. In argument the government asked whether, in the event that the Act was found to be in breach of the Constitution, the Court would agree to suspend any order for 18 months, to allow the government and legislature themselves to deal with the defects in the legislation.

The Court held that the legislation was in breach of the Constitution and effectively read into it additional words to ensure its application to permanent residents of the State. It acknowledged the significance of a case that, in effect, challenged law enacted by the Parliament. It proceeded, however, on the basis that the Constitution was clear, understood in the light of previous jurisprudence and of the purposes that the Constitution had been enacted to achieve.

### 3. Conclusions

The examination of this series of decisions by the South African Constitutional Court on the meaning of social and economic rights reveals a range of predictable political and financial tensions. The outcome of the cases, individually and collectively, has been the subject of long and critical examination, and it may be that they have fully satisfied no-one. On one side the Court is criticised for not going further to evaluate, for example, the government's policy priorities<sup>29</sup> or to identify a minimum core of social rights that individuals might claim. On the other, critics charge the Court with interfering with policy making and implementation that is the task of the other branches of government.

Nevertheless, the efforts of the South African Court must be accepted broadly as a success. The Court has developed a distinctive and, now, reasonably settled jurisprudence that gives social and economic rights effect while preserving significant discretion for the elected branches of government. In doing so, it has explained its own reasoning, and its vision for the role of the Court, both to other institutions and the public at large, securing broad acceptance of both. Probably by chance, the Court has taken an incremental approach to the interpretation and application of social and economic rights, which may have assisted acceptance of its role in the early years, enabling it to become progressively more bold.

<sup>29</sup> Theunis Roux, "Understanding Grootboom - A response to Cass R. Sunstein", 12 Constitutional Forum (2004)

Of course, care must be taken in drawing lessons from South African experience for the actions of courts elsewhere. In particular, the formulation of social and economic rights in South Africa is distinctive, and the approach of the Court has often been driven by, or at least justified by, reference to the text. Certain general propositions nevertheless may be made. First, the primary responsibility of a Constitutional Court is to the law and the Constitution. Secondly, however, the law itself is often indeterminate, leaving the Court with choices to be made. Realistically, in making such choices, a Court is likely to have an eye to the wider consequences of its decisions. Those consequences must include the credibility of the Court itself and its capacity to fill the role allotted to it. A Court may be assisted in juggling the conflicting pressures on it by a range of technical legal tools, the nature of which will vary between different legal systems. It may be assisted also by the educative role that a Court can play through its judgments, in explaining its own role and its role vis-a-vis other branches in establishing and maintaining transparent, accountable and effective constitutional government.

## РЕЗЮМЕ

Роль Конституционного Суда трудная и ответственная. Главной функцией такого суда, для выполнения которой он и создан, является обеспечение конституционности, включая верховенство закона. Конституционный Суд в конституционной системе - это особая система сдержек и противовесов. Суд осуществляет защиту индивидов, многие из которых очень уязвимы перед незаконными действиями публичных властей. Но Конституционный Суд действует не в вакууме. Он является частью государственной системы, которая находится в симбиотических отношениях с другими институтами государственности, разделяя с ними ответственность за благополучие людей. Для выполнения этой функции Конституционный Суд соответственно и в совокупности учитывает потенциальные связи с решениями государственных институтов, как в целом, так и относительно системы конституционного контроля, включая положения Суда и соответствие его решениям. В Южной Африке новое постапартеидное конституционное регулирование отличается от этой схемы.

В процессе трансформации новой Южной Африки важность социальных и экономических прав стала причиной их включения в Конституцию. Новому Конституционному Суду предоставлено право толковать и применять законы так, чтобы они были эффективными в пределах правового функционирования. Южная Африка, таким образом, может стать источником изучения судебных дел, как и новый суд, который

основан на новой Конституции и ищет пути балансирования политических реалий и правовых принципов.

Южная Африка имеет смешанную правовую систему. Ее публичное право имеет также черты общего права. В соответствии с новой формой Конституция является также Основным Законом, который действует через суды, через процесс конкретного конституционного контроля на уровне индивидов или групп людей.

Конституционный Суд принял четыре основных решения, которыми индивидуальные жалобы относительно социально-экономических прав получили решение. Благодаря им юриспруденция получила развитие: Субрамони против министра здравоохранения, Правительство Квазулу-Натал Республики Южной Африки против Грутбум, министр здравоохранения против лечебной компании и Хоза против министра социального развития. Решения по частным и коллективным судебным делам стали предметом долгого и критического рассмотрения, и возможно, что ни одно из них полностью не удовлетворило никого. С одной стороны, Суд подвергается критике за то, что он не желает углубляться в дальнейшую оценку, например, приоритеты государственной политики или определять минимальные пределы социальных прав, которыми индивиды могут пользоваться. С другой стороны, критики обвиняют Суд во вмешательстве в дела формирования и применения политики, что является делом других ветвей власти. Несмотря на это, старания Южно-Африканского Суда должны оцениваться выше просто удачи. Суд развивает определенную и сейчас уже разумно основанную юриспруденцию, на основании которой вступают в силу социальные и экономические права, которые предоставляют большую свободу действия избранным ветвям власти. Суд обосновывает причины своих действий и свое мнение о роли Суда в системе государственных и публичных институтов.



# THE IMPORTANCE OF THE CONSTITUTIONAL COMPLAINT FOR A FAIR TRIAL IN CRIMINAL CASES

**ZVONKO FIŠER**

*Judge of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia*

## I. Introduction

Criminal justice has lately been undergoing important changes which are not univocal. On one hand, it can be observed that the perspective regarding the role and the significance of criminal law in society is changing. In the past, the standpoint which considered criminal law and justice (or criminal repression in general) to be primarily a means to protect society against criminality as a negative phenomenon *par excellence* undoubtedly dominated<sup>1</sup>. In modern democratic societies, the increasingly prevalent standpoint is that which emphasizes that in criminal proceedings a participant who is weaker in comparison to the repressive state apparatus must foremost be protected. Irrespective of the fact that such participant may be an alleged offender who due to the offence committed is in some manner of conflict with the society, he/she remains a bearer of rights and freedoms which he/she must be guaranteed to the same extent as all other members of the society. On the other hand, due to such a specific position, an offender has certain special rights which ensure him/her the position of a subject to criminal proceedings. In addition, restrictions may be simultaneously imposed on him/her due to the fact that he/she violated norms which are important, often essential, for peaceful coexistence in society<sup>2</sup>.

However, in criminal justice there are also other tendencies. More than a decade ago, the occurrence of organized crime and particularly international organized crime alarmed the public and authorities. Special measures to restrain this phenomenon and to increase the efficiency of the state regarding its prevention and prosecution were taken. These were often measures which seem to have strengthened the protective function of criminal law and pushed into the background its safeguarding function. This became even more obvious when the danger of terrorism became more apparent. Also in this context the application of measures in criminal proceedings (often also outside the scope of criminal proceedings) which evidently reduce the achieved level of procedural rights of participants (in particular the defendant) to criminal proceedings has occurred.

A particular situation arose in the countries in Central and Eastern Europe which gained independence in the last two decades and/or simultaneously went

<sup>1</sup> The protective function of criminal law.

<sup>2</sup> In general it is known as the safeguarding function of criminal law.

through deep social, political, and economic changes. I do not wish to present an in-depth analyses and evaluation of these processes in general, but will limit my report to several findings which refer to the system of criminal repression<sup>3</sup>. In these environments, it was especially criminal law that was often abused in the past in order to settle accounts with political opponents. After changes had been carried out, these countries faced a difficult situation. On one hand, mistrust in criminal justice and the authorities which participate within this framework was<sup>4</sup>, for the most part justifiably so, high. Calls for lustration appeared, in some countries certain bodies of authority simply dissolved, in others they were inefficient. Criminal and other related legislation in force at that time was mostly inadequate, and the new legislation could not be adopted in such a short time, being extensive and demanding legislative projects; even more complicated was its implementation in the environments lacking a solid democratic tradition. In addition, with privatization and other demanding and hard to control processes, including the increase in specific crime related therewith and crime in general, criminal justice was assigned new tasks which were difficult to cope with. All the above-mentioned caused discomfort in society, a sense of lessened security, which some, naturally unjustifiably, attributed to democratization or democracy as such. The situation was paradoxical: if political changes on one hand established the essential conditions for the formation of a state governed by the rule of law, a number of processes which took an opposite direction became a hindrance to such. In such circumstances it appeared that there was no room for the implementation of the safeguarding function of criminal law.

A shift from the protective to the safeguarding function of criminal proceedings is neither a simple nor a constant process and its intensity and its course was not the same in all such countries. Actually, it should be mentioned that it is the matter of a distinctive long-term trend which is nonetheless unavoidable. Emphasizing the individual, and his/her rights and freedoms in society in general and particularly in criminal proceedings, contributed to the fact that the safeguarding function of criminal proceedings, notwithstanding periodical oscillations, has become increasingly important.

The constitutional complaint can play a key role in the implementation of human rights and fundamental freedoms in criminal law, especially in criminal proceedings. Implementing the safeguarding function of criminal law does not mean that constitutional rights and freedoms of constitutional rank can be implemented only by a constitutional complaint; on the contrary, judges are obliged to implement them in deciding in all proceedings<sup>5</sup>. A constitutional complaint is only an

---

<sup>3</sup> I am well aware that also these matters require an in-depth discussion, however, the present report is not intended for the discussion of such.

<sup>4</sup> Foremost, I refer to the police and other security services.

<sup>5</sup> According to the Constitution of the Republic of Slovenia, in the performance of the judicial function judges are independent and bound by the Constitution and laws (Article 125 of the Constitution). This is also the case in other democratic countries.

additional instrument which is at the disposal of a person who believes that his/her human rights and freedoms have been violated in proceedings.

## II. The Constitutional Complaint

This is the approach implemented also in the Slovene legal (constitutional) order. Thus, Slovenia is among the countries which have introduced a special legal remedy for the protection of the human rights and freedoms of individuals in concrete proceedings. Any person who believes that his/her human rights or fundamental freedoms have been violated by an individual act of a state body, local community body or bearer of public authority has, under the conditions set forth by the Constitutional Court Act, the right to lodge a constitutional complaint<sup>6</sup>. In the Slovene legal order, a constitutional complaint is neither an ordinary nor extraordinary legal remedy enacted in various regulations, and it is not an instance as regards regular courts. Considering its effects, it is closest to being an extraordinary legal remedy. It is a legal remedy *sui generis*, which follows from the need that the legal order even more intensively protect the human being as an individual as well as his/her rights and freedoms<sup>7</sup>, and thus puts an additional emphasis on his/her position as a subject to various proceedings in which such are decided in *concreto*, and in general it strengthens his/her central position in society.

In the following section, the general regulation of the constitutional complaint in the Slovene legal order will first be introduced<sup>8</sup>, secondly certain particularities concerning the constitutional complaint in criminal matters will be discussed, and finally we will try to establish the importance and the role of the constitutional complaint for a fair criminal trial.

If we ignore a similar regulation set forth already in the Constitution of the Federal Republic of Slovenia<sup>9</sup> within the framework of the former Yugoslavia, which, however, did not lead to significant results, it could be said that the constitutional complaint was introduced into the Slovene legal order by the Constitution of the newly independent Slovenia, adopted in 1991. Among the powers of the Constitutional Court, the Constitution determined *inter alia* the power to decide on constitutional complaints stemming from the violation of human rights and fundamental freedoms by individual acts<sup>10</sup>. The first restric-

<sup>6</sup> See paragraph 1 of Article 50 of the Constitutional Court Act (Official Gazette RS, No. 15/94 – hereinafter referred to as ZUstS).

<sup>7</sup> Similar to Ude (1995), p. 515.

<sup>8</sup> For a more detailed review of the constitutional complaint in Slovenia with numerous international comparisons, see, for example, Mavèiè (2000), pp. 291-356.

<sup>9</sup> See paragraph 3 of Article 228 of the Constitution of SRS (1963) and Articles 36-40 of the Constitutional Court Act in force at that time.

<sup>10</sup> See indent 6 of paragraph 1 of Article 160 of the Constitution (Official Gazette RS, Nos. 33/91, 42/97, 66/2000, 24/03, and 69/04).



tion is envisaged in the Constitution, namely that a constitutional complaint is allowed only if all legal remedies have been exhausted; in addition the Constitution determined that the Constitutional Court decides whether to accept a constitutional complaint for adjudication on the basis of criteria and procedures provided by law<sup>11</sup>. Thus, it is understandable that the constitutional complaint became fully operative only after the adoption of the Constitutional Court Act, which in more detail regulates the new instrument<sup>12</sup>. Apart from the above-mentioned, the Constitution of the Republic of Slovenia contains only a few provisions which refer to the constitutional complaint<sup>13</sup>.

To begin with a brief look at the general outlines of the regulation concerning the constitutional complaint in Slovene legislation<sup>14</sup>, let me mention first that a constitutional complaint may be lodged within 60 days from the day of the delivery of an individual act against which a constitutional complaint is permitted<sup>15</sup>. After the expiration of this time-limit, a constitutional complaint may be lodged only exceptionally, in especially justified cases<sup>16</sup>. As mentioned above, all legal remedies must be exhausted before lodging a constitutional complaint<sup>17</sup>, which in our legal order means not only ordinary legal remedies but also extraordinary legal remedies foreseen by (especially procedural) legislation. The Constitutional Court may exceptionally decide on a constitutional complaint before the exhaustion of all extraordinary legal remedies if the alleged violation is obvious and if the complainant would incur irreparable damages as a result of the implementation of the individual act<sup>18</sup>. The Constitutional Court has developed a solid body of case-law for determining both conditions and only very rarely decides to take on an “early” constitutional complaint.

---

<sup>11</sup> See paragraph 3 of Article 160 of the Constitution.

<sup>12</sup> See Section V of ZUstS.

<sup>13</sup> In fact, only paragraph 2 of Article 161, which determines that if in deciding on a constitutional complaint the Constitutional Court establishes the unconstitutionality of a regulation or general act, in accordance with the provisions of paragraph 1 of this article, it may annul or abrogate such regulation or act.

<sup>14</sup> The description below is in compliance with ZUstS and is in general not a critique of the regulation in force; for such see *Ustavno sodstvo* [Constitutional Judiciary], op. cit. pp. 167-190.

<sup>15</sup> See paragraph 1 of Article 52 of ZUstS.

<sup>16</sup> See paragraph 3 of Article 52 of ZUstS.

<sup>17</sup> See paragraph 1 of Article 51 of ZUstS. It must be taken into consideration that in the Slovene legal order the right to appeal or to any other legal remedy against the decisions of courts and other state bodies, local community bodies, and bearers of public authority by which his/her rights, duties, or legal interests are determined is a constitutional right (Article 25 of the Constitution); in other words, only in extremely rare instances do such legal remedies not exist.

<sup>18</sup> See paragraph 2 of Article 51 of ZUstS. The conditions are, as clearly shown in the text, cumulative, which means that they must be fulfilled simultaneously.

On a more technical level, it is worth mentioning that a constitutional complaint must be lodged in writing. The Rules of the Constitutional Court determine in more detail the contents of a constitutional complaint and even a form for lodging such was created<sup>19</sup>, which is not obligatory and should only aid complainants, as it reminds them of the obligatory components of the complaint and its enclosed documents. It is determined that the constitutional complaint must indicate the individual act which is challenged, the facts supporting the complaint, and the allegedly violated human rights and fundamental freedoms. Moreover, a copy of the challenged act and documents supporting the complaint must be enclosed<sup>20</sup>. A constitutional complaint may be lodged by the complainant himself/herself; legal representation is not necessary. If an application is incomplete to the extent that the Constitutional Court cannot examine such, as it does not contain all the required data or documents, the Court calls upon the complainant to supplement his/her application within a determined time-limit<sup>21</sup>.

A constitutional complaint is examined first by a panel of three judges of the Constitutional Court<sup>22</sup>. The Constitutional Court rejects a constitutional complaint if it was lodged after the expiration of the determined time-limit, if all legal remedies have not been exhausted prior to lodging the constitutional complaint, if it was lodged by a person not entitled to do so, or if the complainant did not supplement the complaint within the determined time-limit for unjustified reasons<sup>23</sup>. The rejection of a constitutional complaint must be decided upon unanimously<sup>24</sup> and an appeal against such decision is not permitted according to the explicit provision of the Act<sup>25</sup>.

If a constitutional complaint is not rejected, the same panel decides on the acceptance of the constitutional complaint for consideration. A constitutional complaint is not accepted for consideration if there is obviously no violation of human rights or fundamental freedoms, or the decision cannot be expected to provide a solution to an important legal question, and if the violation of human rights or fundamental freedoms did not have any important consequences for

<sup>19</sup> See paragraph 2 of Article 32 of the Rules of the Constitutional Court (Official Gazette RS, Nos. 93/03 and 98/03 et corr.) and Annex 1 and 3 to the Rules.

<sup>20</sup> See Article 53 of ZUstS.

<sup>21</sup> See paragraph 2 of Article 54 of ZUstS.

<sup>22</sup> The Constitutional Court of the Republic of Slovenia has three three-member panels for deciding on constitutional complaints: a civil, an administrative, and a criminal panel.

<sup>23</sup> See paragraph 1 of Article 55 of ZUstS.

<sup>24</sup> See paragraph 3 of Article 55 of ZUstS; if a decision by a panel is not unanimous, the case must be decided at the plenary session of the Court, which decides on the existence of a procedural requirement.

<sup>25</sup> See also paragraph 3 of Article 55 of ZUstS; the question of legal remedies in proceedings with a constitutional complaint in general has already been posed, also considering Article 6 of the Act. However, the Court was reluctant to accept the idea of introducing legal remedies to those proceedings.

the complainant<sup>26</sup>. If the panel does not accept a constitutional complaint, it is nevertheless accepted if such is the written decision of any group of three judges of the Constitutional Court within 15 days after the decision of the panel<sup>27</sup>.

The rejection and non-acceptance of a constitutional complaint are primary filters that the Slovene Constitutional Court has in order to carry out the preliminary selection of constitutional complaints. It must be observed that in our legal order the possibility to lodge constitutional complaints is very broad and thus provides affected persons a real possibility to file a complaint before the Constitutional Court if they believe that their human rights and fundamental freedoms have been violated. The consequence of such approach is that in practice constitutional complaints are very numerous (and their number is still increasing considerably)<sup>28</sup>, although they often do not fulfill formal or substantive conditions in order to be reviewed. Such cases should be eliminated as soon as possible from deciding, not only in order to allow the Court to devote its full attention to cases which fulfill all the required conditions in order to be reviewed, but also not to give constitutional complainants false hopes that they might succeed with their constitutional complaints.

After a constitutional complaint has been accepted, the preparation for a final decision commences. First of all, adversary proceedings in deciding on a constitutional complaint must be established, thus the constitutional complaint is sent to the body which issued the decision in order that they may reply to such within the determined time-limit<sup>29</sup>, occasionally the constitutional complaint is also sent to parties to preliminary proceedings. If a constitutional complaint is accepted, the Constitutional Court may suspend the implementation of the individual act if its implementation would cause irreparable damage<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> See paragraph 2 of Article 55 of ZustS.

<sup>27</sup> See paragraph 4 of Article 55 of ZustS; thus it can be said that a decision on the rejection or non-acceptance of a constitutional complaint is nonetheless a decision of the entire Court and not only of the competent panel. According to the above-cited provision, the acceptance of a constitutional complaint has several particularities which, however, exceed the scope of this report.

<sup>28</sup> Statistical data shows that the number of constitutional complaints lodged has increased rapidly from the initial 205 in 1995, and the subsequent stable trend between 1996 and 1999 (when between 348 and 376 constitutional complaints were lodged), to 798 constitutional complaints in 2003, and 883 in 2004, and a further increase is indicated from the data on the first half of 2005, when already 611 constitutional complaints were lodged. Moreover, the number of decided constitutional complaints has increased considerably from the initial 133 in 1995 to 719 in 2003, and 952 in 2004. The above-cited data is not important only as a statistical framework, but also as it proves that the findings described in the present report are the result of a fairly large number of reviewed cases and are not merely decisions in individual cases.

<sup>29</sup> See Article 56 of ZUstS.

<sup>30</sup> See paragraph 1 of Article 58 of ZustS.

The Court decides in a plenary session, in general without a public hearing<sup>31</sup>. A constitutional complaint can be dismissed as unfounded<sup>32</sup>; however, if it is established that it is founded, the Court grants the constitutional complaint and completely or partly annuls or abrogates the individual act and remands the case for a new trial to the competent body<sup>33</sup>. In exceptional cases, the Constitutional Court itself may decide on the challenged right or fundamental freedom. This is the case when such is necessary in order to eliminate consequences that have already occurred on the basis of the annulled or abrogated individual act, or if such is the nature of the constitutional right or freedom. A further condition is that the right can be decided on the basis of information contained in the file<sup>34</sup>.

The above description was an outline of the functioning of the constitutional complaint according to the Slovene Constitutional Court Act. In the course of more than ten years of deciding on constitutional complaints, numerous other questions arose which the Court partly solved through practice, and partly they remain disputable. Among the latter, I wish to draw particular attention to the problem of a declaratory decision<sup>35</sup>: such decision is not explicitly determined in the Act, however, the Constitutional Court has several times used such in cases of constitutional complaints from the field of criminal law.

### III. A Fair Criminal Trial in Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia

As indicated above, in the Slovene legal order a constitutional complaint is not intended only for criminal cases. Moreover, it cannot be concluded from previous experience that it has played a particularly positive role only (or mostly) in criminal cases, but it has been implemented to a similar extent in all fields. Nonetheless, it has importantly contributed to strengthening the guarantee of a fair criminal trial, the concept of which is inseparably related to a democratic state governed by the rule of law. With reference to criminal procedure, a state

<sup>31</sup> This is the practice; however, a constitutional complaint can also be decided at a public hearing (see paragraph 1 of Article 35 with reference to Article 49 of ZUstS).

<sup>32</sup> In 2002, 7,9% of lodged constitutional complaints were accepted for consideration, in 2003 the number slightly decreased to 7%, and in 2004 only 4,9% of constitutional complaints were accepted for consideration. Of the accepted constitutional complaints only few were granted: in 2002, 5,4% of cases, in 2003, 5,1% of cases, and in 2004 only 4,4% of cases.

<sup>33</sup> See paragraph 1 of Article 59 of ZUstS.

<sup>34</sup> See paragraph 1 of Article 60 of ZUstS. Up to the present, the Constitutional Court has only rarely used this power: the fact is that in such cases it decides on the merits in the first and last instance, without the possibility of a legal remedy. However, such decision is often prevented foremost by the fact that a file does not contain enough information. The possibility to decide on the disputed constitutional right or fundamental freedom might be useful in cases in which the Constitutional Court cannot enforce its will through the abrogation or annulment of the challenged decision, see Section IV.

<sup>35</sup> I do not intend to address this issue in the present report, as it is not directly related to the question of a fair trial.

is governed by the rule of law when it does not compromise individuals' procedural rights and is not willing to sacrifice such in the interest of the efficient application of substantive criminal law. Violations of human rights cannot be a means for implementing substantive criminal law<sup>36</sup>.

1. As far as a fair criminal trial is concerned, first of all particular attention must be drawn to two facts. It must be taken into consideration that the Constitution of the Republic of Slovenia<sup>37</sup> in contrast to certain foreign regulations<sup>38</sup> does not explicitly define the term *a fair criminal trail*. In the section on the rights and freedoms of individuals, the Constitution indeed contains numerous provisions 1) which directly refer to criminal proceedings, and even more such 2) which refer to all legal proceedings and thus they must be regarded also in criminal proceedings. Finally, attention must be drawn to further provisions concerning the rights and freedoms of individuals 3) which are of a more general nature and which must be incorporated or must be respected also in criminal proceedings.

Thus, it can be concluded that in the broadest sense grounds for a fair criminal trial must be looked for in all three above-mentioned categories of human rights and freedoms, which are determined in the Constitution of the Republic of Slovenia. The following provisions of the Constitution directly refer to criminal law and proceedings (and certain of them also to other proceedings and therefore they can be most often applied in deciding in proceedings with a constitutional complaint):

- the prohibition of torture (Article 18)
- the protection of personal liberty (Article 19)
- orders for and duration of detention (Article 20)
- the protection of human personality and dignity (Article 21)
- the equal protection of rights (Article 22)
- the right to judicial protection (Article 23)
- the public nature of court proceedings (Article 24)
- the right to legal remedies (Article 25)
- the right to compensation (Article 26)
- the presumption of innocence (Article 27)

---

<sup>36</sup> The Constitutional Court in Decision No. U-I-18/93 of 11 April 1996 (in particular paragraph 22 of the reasoning).

<sup>37</sup> And also not the legislation.

<sup>38</sup> Only as an example, I wish to mention one of the more recent constitutional orders concerning the above-discussed, namely Article 111 of the Constitution of the Republic of Italy, as it was amended by the Constitutional Act of 23 November 1999.

- the principle of legality in criminal law (Article 28)
- legal guarantees in criminal proceedings (Article 29)
- the right to rehabilitation and compensation (Article 30)
- the prohibition of double jeopardy (Article 31), and
- freedom of movement (Article 32)<sup>39</sup>.

Without going more deeply into describing or explaining the above-listed provisions<sup>40</sup>, constitutional and criminal law experts know their contents and meaning as regards defining a fair criminal trial. There is no doubt that they provide an excellent starting point for determining fundamental principles of criminal proceedings which have a constitutional rank. On the basis of these provisions and considering the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>41</sup> as well as the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>42</sup>, the Constitutional Court, mostly through decisions in cases of constitutional complaints, was able to determine the contents of a fair trial in circumstances in which, as mentioned above, this category was not on the whole and decisively defined either by the Constitution or by the Criminal Procedure Act.

2. Another fact that must be considered within this framework is the following: Slovenia indeed has a new Criminal Procedure Act<sup>43</sup>, i.e. procedural act, which was adopted after Slovenia gained independence, however, it is an act which for the most part recapitulated the regulation of the Yugoslav Criminal Procedure Act of 1977; it is an act which in terms of its basic foundation and rendering is an old (not to say outdated)<sup>44</sup> regulation. As already mentioned above, also this act does not explicitly define what could be considered a fair trial.

<sup>39</sup> Of the last, most extensive, categories of human rights and freedoms which are not listed in the text, I particularly wish to mention the inviolability of human life (Article 17), the right to personal dignity and safety (Article 34), the protection of the right to privacy and personality rights (Article 35), the inviolability of dwellings (Article 36), the protection of the privacy of correspondence and other means of communication (Article 37).

<sup>40</sup> Below in this report, as these rights will be discussed in more detail from the viewpoint of their importance for a fair criminal trial, I will cite or summarize the contents of the individual provisions listed above.

<sup>41</sup> In particular, its Article 6 (the right to a fair trial) to which decisions of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia also refer in cases which refer to the issue of a fair trial. It cannot be ignored that also the Convention does not define the term a fair trial, but it lists the specific rights which comprise its fundamental elements.

<sup>42</sup> See Article 14 of the Covenant.

<sup>43</sup> See Official Gazette RS, Nos. 63/94, 70/94 corr., 72/98, 6/99, 66/2000, 111/01, 56/03, and 43/04.

<sup>44</sup> As this is not the subject of this report, I cannot go more deeply into the issue of the regulation of criminal procedure in Slovenia. However, disputable provisions in the Act undoubtedly provided the Constitutional Court with numerous opportunities for a critical review thereof.

Since the adoption of the Criminal Procedure Act, the Constitutional Court of the Republic of Slovenia has several times decided on the constitutionality of its provisions and fairly often established their inconsistency with the Constitution of the Republic of Slovenia. A few of the most important decisions which are closely related to the subject of our discussion are mentioned below:

- Decision No. U-I-18/93 of 11 April 1996, which refers to the (re)regulation of personal restrictive measures, especially detention and substitute measures, as well as proceedings for ordering, extending, and releasing persons from detention;
- Decision No. U-I-25/95 of 27 November 1997, by which the Constitutional Court abrogated the provisions of the Criminal Procedure Act which regulated investigative measures also known as secret investigative measures;
- Decision No. U-I-27/95 of 24 October 1997, regarding hearing evidence submitted by the defense;
- Decision No. U-I-289/95 of 4 December 1997, which refers to the modification of an indictment;
- Decision No. U-I-92/96 of 21 March 2001, by which the Constitutional Court established that the Criminal Procedure Act is inconsistent with the Constitution, as it does not determine an effective manner for ensuring that a judge adjudicating on the merits did not have access to information obtained in preliminary proceedings;
- Decision No. U-I-296/02 of 20 November 2003, which refers to certain objective restrictive measures and which requires their more precise regulation as regards the conditions for their application, the procedure of deciding, and their duration<sup>45</sup>.

The above-listed decisions are naturally not all the decisions from the field of criminal law which were adopted by the Slovene Constitutional Court and not all the decisions which refer to the issue of a fair criminal trial<sup>46</sup>. I have limited this report, as already mentioned, only to those which have had the greatest influence in general and also to deciding in proceedings with a constitutional complaint. It could be said that in the above-described situation, the Constitutional Court in its deciding has taken a position on what a fair criminal trial is, on one hand regarding the review of the constitutionality of the proce-

---

<sup>45</sup> The great importance of the above-mentioned decisions is in general indicated by the fact that the first two and the one before last have directly caused three important amendments of the Criminal Procedure Act. In addition, in order to implement the last cited decision, the legislature is drafting yet another amendment to the procedural act.

<sup>46</sup> Let me briefly mention that while reviewing the constitutionality of criminal procedural legislation the Constitutional Court has also dealt with many other problems, e.g. with the question of defense in criminal proceedings, an objection against an indictment, expert-witnesses, the exclusion of judges, etc., which also (directly or indirectly) refer to the issue of a fair trial.

dural act at the general level, and on the other hand in proceedings with a constitutional complaint at the concrete level<sup>47</sup>.

3. Decisions of the Constitutional Court regarding constitutional complaints in criminal proceedings were typically concentrated around individual segments or institutions of criminal procedure. It is not a coincidence that one of the problems which the Constitutional Court encountered very early on was the issue of detention, i.e. the deprivation of liberty in a preliminary stage of criminal proceedings, thus before it is established by a final judgment that a defendant had committed a criminal offence and that he/she is guilty as charged. The danger of instrumental use of detention (and all other restrictive measures) is always present. Detention is in principle a critical measure already due to the fact that it is in general ordered at an early stage of criminal proceedings (perhaps even before the institution of such) and with a relatively weak level of probability that a criminal offence has been in fact committed. Irrespective of that fact, ordering detention is not contrary to the presumption of innocence (Article 27 of the Constitution)<sup>48</sup>. Initially, courts overlooked the fact that detention is permitted only if a reasonable suspicion that a person has committed a criminal offence exists and only when this is absolutely necessary for the course of criminal proceedings or for reasons of public safety; fundamental substantive conditions were thus determined already by the Constitution (paragraph 1 of Article 20)<sup>49</sup>. Courts should respect the above-cited conditions, although the Act might not have been clear enough in this respect.

Among the reasons for ordering detention, most troubles, not only at the general but also at the concrete level, were caused throughout by the danger of repetition (*iteratio*). Thus, the Constitutional Court consistently required that it is allowed to infer such danger only on the grounds of clearly demonstrated, concrete, and specific circumstances, and in compliance with the principle of proportionality it must be separately reviewed whether ordering detention is absolutely necessary<sup>50</sup>; detention ordered for the above-mentioned reason must by all means be applied extremely restrictively and with great caution<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> In this report, the influence that the above-cited decisions had on the further development of Slovene criminal procedural law cannot be further discussed, nevertheless, it can easily be concluded that it was profound. Nevertheless, so far they have only led to partial corrections and amendments of the procedural act and not to a completely new act, as would be desired. For an in-depth analysis of some of the above-listed decisions, particularly in the light of the criminal procedural doctrine which they contain, see Šugman G, K. (2003).

<sup>48</sup> See Decision No. Up-12/93 of 4 July 1996, and many others.

<sup>49</sup> "A person reasonably suspected of having committed a criminal offence may be detained only on the basis of a court order when this is absolutely necessary for the course of criminal proceedings or for reasons of public safety."

<sup>50</sup> See Decisions No. Up-57/95 of 7 July 1995 and Up-99/95 of 18 July 1995, and many more.

<sup>51</sup> In certain cases (e.g. in cases in which the danger is only indirect), detention for the above-discussed reason is not at all permitted; see Decision No. Up-71/99 and 116/99 of 13 May 1999.



A further issue with reference to detention which was decided by the Constitutional Court and which is important from a fair trial perspective referred to the reasoning of a judicial decision regarding ordering detention; the position taken applies to the reasoning of decisions in general. The Criminal Procedure Act in force at that time used an inappropriate and misleading formulation which was taken from the previous legislation and according to which it was sufficient that an order on detention contained a short reasoning in which the reason for detention must be separately reasoned. Such regulation was not in compliance with paragraph 1 of Article 20 of the Constitution<sup>52</sup>; in addition, a person so affected was deprived of the right to effective legal remedy against such decision (Article 25 of the Constitution)<sup>53</sup>. Also in this case it is somewhat surprising that the courts were not aware of the above-mentioned inconsistency for a fairly long time and that the Constitutional Court had to draw their attention to the fact that the appropriate reasoning is not merely a formality but an essential component of every decision, due to the fact that an insufficiently reasoned decision prevents an entitled person from challenging circumstances which are the basis for an unfavorable judicial decision<sup>54</sup>.

With reference to detention, the Constitutional Court has also decided regarding the question of the maximum duration of detention<sup>55</sup>. The Constitution and the Criminal Procedure Act indeed determine what is the longest allowed duration of detention<sup>56</sup>, however, the provisions which regulate the longest allowed duration of detention after an indictment has been filed cannot be regarded as an absolute measure of a still reasonable duration of detention. Moreover, with reference to the above-mentioned, the position taken that the duration of detention must be shorter in summary proceedings in light of the smaller danger of criminal offences which are adjudicated in such proceedings, is important.

Finally, with reference to the question of deciding on detention, it must also be mentioned that a court decides on this measure (ordering, extension, or releasing a per-

---

<sup>52</sup> The Constitutional Court in Decision No. U-I-18/93. With reference to this, attention must be drawn to two facts: in this case the review of the constitutionality of the act was instituted on the basis of a petition by individuals who demonstrated a legal interest for such review. It is somewhat surprising that the review was not instituted at the request of a court, which according to Article 156 of the Constitution should stay the proceedings in which it should apply the act which it deemed unconstitutional and initiate proceedings before the Constitutional Court. Proceedings which are initiated by courts on the basis of the above-cited provisions are in general (extremely) rare in Slovenia.

<sup>53</sup> According to this provision, everyone is guaranteed the right to appeal or to any other legal remedy against decisions of courts (and certain other bodies) by which his/her rights, duties, or legal interests are determined.

<sup>54</sup> See Decision No. Up-74/95 of 7 July 1995 and many others.

<sup>55</sup> The Constitutional Court has several times reviewed the question of the duration of detention in constitutional complaints also from the viewpoint of adjudication without undue delay and has taken the position that such review is allowed.

<sup>56</sup> Paragraph 2 of Article 20 of the Constitution determines what is the longest allowed duration of detention in preliminary proceedings and the Criminal Procedure Act what is the longest allowed duration of detention after an indictment has been filed.

son from detention) only on the basis of the adversary proceedings carried out<sup>57</sup>. The requirement for adversary proceedings entails that every party must be given an opportunity to present their standpoints not only regarding the factual but also the legal basis of the dispute, to present evidence, and to address the allegations of the opposing party, as well as the outcome of the taking of evidence under conditions which do not place them in an unequal position in relation to the opposing party.

The problem of adversary proceedings in criminal cases has appeared relatively often also regarding numerous other questions. The Slovene Criminal Procedure Act, which stems from a tradition of mixed criminal proceedings in which proceedings are not envisaged as a dispute, in principle ensures the right to an adversary hearing, however, adversary elements are somehow artificially implemented in the proceedings and are not organically ingrown. Consequently, it occurs that in disputable or unclear situations judges at times decide on a solution which is from the discussed point of view not appropriate and which (might) violate Article 22 of the Constitution<sup>58</sup>.

4. Moreover, the concept of a fair trial undoubtedly entails the requirement that criminal charges against a defendant must be decided by an impartial court. In this regard, certain decisions are important, not only in proceedings with a constitutional complaint, but even more so in deciding on the constitutionality of an act which refers to the exclusion of a judge. Thus, the Constitutional Court decided that the impartiality of a court must be judged not only by its effects, but also by its external appearance, namely how the issue of (im)partiality is regarded by parties to concrete criminal proceedings. Conduct of a judge which indicates that there are circumstances due to which they have a personal reason for deciding to the benefit of one party can be revealed only at the very trial. Therefore, in such cases a defendant must also have the possibility to request the exclusion of such judge<sup>59</sup>. In this respect, the decision mentioned above is also important<sup>60</sup>. In order to avoid repetition, it is presented above.

5. The Constitutional Court relatively early on established a solid doctrine regarding the contents of the presumption of innocence (Article 27 of the Constitution)<sup>61</sup>. It has taken the position that the presumption of innocence does

<sup>57</sup> In the concrete case, see the already cited Decision No. U-I-18/93, the Constitutional Court required that the act must determine a special adversary hearing for deciding on detention. This requirement was fulfilled by the amended Criminal Procedure Act of 1998, by which the legislature created and introduced in the act a special preliminary adversary hearing (Article 204.a of the Criminal Procedure Act).

<sup>58</sup> This guarantees everyone equal protection of rights in any proceedings before a court (and before other state bodies) that decide on his/her rights, duties, or legal interests. For criminal proceedings, paragraph 1 of Article 16 of the Criminal Procedure Act determines that a defendant and an (entitled) prosecutor have the position of equal parties unless otherwise provided by the present act.

<sup>59</sup> See Decision No. U-I-149/99 of 3 April 2003.

<sup>60</sup> See Decision No. U-I-92/96 of 21 March 2002 (see above Section III/2).

<sup>61</sup> Article 27 of the Constitution reads as follows: "Any person charged with criminal conduct shall be presumed innocent until found guilty in a final judgment."

not have absolute substantive effects. If this were the case, even the commencement of criminal proceedings would be impossible, as to suspect that a person has committed a criminal offence would not be allowed. The presumption of innocence applies only to criminal guilt and entails that the burden of proof as well as a risk are borne by prosecution, and that the principle *in dubio pro reo* applies, i.e. when in doubt, the court must acquit a defendant<sup>62</sup>.

6. Decisions of the Constitutional Court regarding the legal guarantees in criminal proceedings determined in Article 29 of the Constitution<sup>63</sup> are very important for the concept of a fair criminal trial.

Within this framework, the Constitutional Court has numerous times reviewed in particular the question of presenting evidence to the benefit of a defendant<sup>64</sup>, which is an essential element of the right to a fair trial. However, this right is not absolute, as the Constitution cannot be interpreted in a manner such that a court is obliged to examine every single evidential submission of the defense. It has taken the position that regarding the principle of the free weighing of evidence, a court decides which evidence it will examine and how it will evaluate its credibility. According to the instruction maxim, it is obliged to ensure that the case is thoroughly examined, and it may defer anything that could delay proceedings without benefiting the discussed case. Evidential submission intended to merely defer the proceedings are not to the benefit of the defense, therefore, the constitutional diction does not aim at benefits that the defense would have by obstructing criminal proceedings.

The submitted evidence must be legally relevant, whereby the defense must demonstrate the existence and relevancy of the submitted evidence with the required level of probability. However, when in doubt, every evidential submission of the defense is to the benefit of the defendant, and therefore the court must examine such unless it is obvious that it would not be to his/her benefit. As soon as it is demonstrated that certain evidence could cause doubt which due

<sup>62</sup> This position was taken by the Constitutional Court in the leading “detention case” (see the above cited Decision No. U-I-18/93), namely as it reviewed the constitutionality of the act, however, the discussed issue was in the exact same manner resolved in numerous cases of constitutional complaints. Nonetheless, attention must be drawn to the fact that the Constitution in the cited provision speaks of criminal conduct which is undoubtedly a broader term than a criminal offence.

<sup>63</sup> This provision is of key importance for the discussed topic and therefore I give a full citation: “Anyone charged with a criminal offence must, in addition to absolute equality, be guaranteed the following rights:

- the right to have adequate time and facilities to prepare his defense;
- the right to be present at his trial and to conduct his own defense or to be defended by a legal representative;
- the right to present all evidence to his benefit;
- the right not to incriminate himself or his relatives or those close to him, or admit guilt.”

Although the above-cited provision is very important from the discussed viewpoint, as mentioned above, it must be emphasized also at this point that the concept of a fair trial, as presented below, is not exhausted thereby.

<sup>64</sup> Thus indent 3 of Article 29 of the Constitution.

to the presumption of innocence would result in a judgment of acquittal (e.g. an alibi, sanity, etc.), the court must accept such evidential submission<sup>65</sup>.

Also in cases of presenting evidence to the benefit of the defense, there was a kind of combined deciding by the Constitutional Court, as the Court adopted its starting position on this issue by reviewing the constitutionality of the provisions of the Criminal Procedure Act which regulate this issue<sup>66</sup>, and subsequently it applied this position in cases of constitutional complaints to different concrete situations and further developed such<sup>67</sup>.

7. With regard to the right to defense, which is also one of the fundamental legal guarantees (indents 1 and 2 of Article 29 of the Constitution), it can be observed that in Slovene criminal proceedings this right is guaranteed with a fairly broad scope, therefore for the most part questions regarding its implementation in general have not arisen, but foremost rather questions regarding how to exercise such in individual procedural situations. Thus, in the concrete case the Constitutional Court decided that in preliminary proceedings<sup>68</sup> the function of a legal representative is not limited to passive observation but rather grants defendants the right to active conduct by their legal representative<sup>69</sup>.

The right to be defended by a legal representative in criminal proceedings is one of the fundamental constitutional rights, and expert aid which can be provided only by a legal representative is one of the guarantees of a fair trial conducted by an impartial court. In cases in which a defendant has the right to a legal representative *ex officio*, the state's responsibility to carry out an effective defense is greater than in cases in which a defendant hires a legal representative himself/herself. In the concrete case, the effective protection of the complainant's right to equality of arms was not provided due to the fact that the legal representative only lodged an appeal, while the complainant should also be guaran-

<sup>65</sup> See Decisions Nos. Up-34/93 and 13/93 both of 8 June 1995 and subsequently many others.

<sup>66</sup> See Decision No. U-I-27/95 of 24 October 1996.

<sup>67</sup> Constitutional complaints alleging the violations of the right to present all evidence to the benefit of the defense are, right after constitutional complaints which refer to detention (and lately also after constitutional complaints from the field of minor offenses) among the most frequent constitutional complaints decided by the Constitutional Court. Constitutional complaints are in general an interesting (and with regard to possible legislative interventions) sign of the neuralgic points in different proceedings, be it a weakness of a legal regulation or problems in deciding concrete cases.

<sup>68</sup> In the context of Slovene criminal proceedings, it is the initial stage of proceedings which is for the most part conducted by police and which is not considered a part of formal criminal proceedings, which is commenced by the decision of a court. Nevertheless, it is clear to every criminal proceedings expert that it is a very important, often decisive, part of criminal proceedings also for a decision on the merits.

<sup>69</sup> See Order No. Up-101/96 of 1 November 1998: with reference to this it must be explained that the right to the active conduct of a legal representative during (formal) criminal proceedings is absolutely undisputable. The above-cited decision is important, as it expands the right also to the stage of police investigation.

ted that the legal representative is present at the session of the appellate panel (the complainant no longer had a legal representative)<sup>70</sup>.

On the other hand, as it decided on the constitutionality of individual challenged provisions of the Criminal Procedure Act, the Constitutional Court decided that the right to be defended by a legal representative of the defendant's own choosing is indeed one of the necessary guarantees of a fair trial, nonetheless, the defendant cannot choose a legal representative without respecting the rules by which the act determines who may act as a legal representative in criminal proceedings<sup>71</sup>. Furthermore, the regulation according to which a legal representative ex officio is appointed by the president of the court without the prior opinion of the defendant is not inconsistent with the Constitution<sup>72</sup>.

Finally, a decision in which the Constitutional Court took a position regarding the privilege against self-incrimination is also very interesting<sup>73</sup>. It proceeded from the position that the right to remain silent (indent 4 of Article 29 of the Constitution) is one of the fundamental procedural rights of a defendant. The right to remain silent does not only concern the prohibition on the use of force and deception, but also the prevention of self-incrimination, as the defendant might not be aware that he/she is not obliged to incriminate himself/herself. The legal caution (the Miranda rule) by which a defendant must be instructed of the above-mentioned right, must be such that his/her decision on whether to exercise the right to remain silent entirely depends on his/her free will.

In addition, the right to remain silent has an extremely important evidential consequence. A state prosecutor must prove all the elements of an indictment in order to convince the court, even if a defendant remains completely passive. Thus, a defendant does not need to do anything at all for his defense. From this perspective, the right to remain silent is an element of the constitutional right determined in Article 27 of the Constitution (the presumption of innocence).

8. Constitutional complaints from the field of substantive criminal law are substantially less frequent than constitutional complaints which allege violations of procedural law. Constitutional complainants most often allege violations of the principle of legality (Article 28 of the Constitution)<sup>74</sup>, however, it is often shown that they allege an erroneous application of (substantive) law and not the violation of the principle of legality, which the Constitutional Court naturally

---

<sup>70</sup> See Decisions No. U-I-187/90 and Up-729/03 of 11 December 2003.

<sup>71</sup> See Decision No. U-I-345/98 of 19 November 1998.

<sup>72</sup> See Decision No. U-I-204/99 of 12 December 2002.

<sup>73</sup> See Decision No. Up-134/97 of 14 March 2002.

<sup>74</sup> Article 28 of the Constitution reads as follows: "(1) No one may be punished for an act which had not been declared a criminal offence under law, or for which a penalty had not been prescribed, at the time the act was performed. (2) Acts that are criminal shall be established and the resulting penalties pronounced according to the law that was in force at the time the act was performed, save where a more recent law adopted is more lenient towards the offender."

does not have power to review. In the past, certain decisions from this field were in a way transitional<sup>75</sup> and thus they probably could not be attributed a more important precedential meaning. With reference to the above-discussed issues, a recent decision (with a parallel review of the constitutionality of a provision of the Penal Code and a decision on a constitutional complaint) regarding a blanket norm in criminal law might be even more interesting<sup>76</sup>.

9. Criminal proceedings, thus proceedings in which guilt regarding a committed criminal offence is decided on, were discussed above. However, in addition to such proceedings, fairly early on the Constitutional Court of the Republic of Slovenia encountered the issue of a fair minor offenses trial. Minor offenses<sup>77</sup> are criminal conduct which in our legal system are not regarded as criminal offences due to the fact that at least in general they are minor violations with less dire consequences, not only for the protected goods but also for the offender. Nonetheless, undoubtedly they are a category of criminal law. Therefore, the question of a fair trial is legitimately posed also in such cases and, indeed with a delay, such coincides with the discussion of this question at the European Court of Human Rights.

The Constitutional Court has taken the position that the requirement of a fair trial must also apply in minor offenses proceedings, however, the level of guaranteed rights in cases of minor violations with less dire consequences might be lower for an alleged offender than the level guaranteed in criminal proceedings. Thus, the right of a defendant to conduct his/her own defense or to be defended by a legal representative serves to ensure appropriate and adequate possibilities to address factual and legal aspects of the case. On the other hand, if neither the factual nor legal aspects of the concrete case are complicated, and if other circumstances that would allow the conclusion that the complainant was not guaranteed the possibility of an effective defense, irrespective of the omission of the instruction on the right to a legal representative not being demonstrated, the guarantee of the equal protection of rights determined in Article 22

<sup>75</sup> This for example applies for the decision regarding the position of the temporary currency notes that were in circulation in Slovenia during the transition from the Yugoslav Dinar to the Slovene Tolar. The Constitutional Court decided that the temporary currency notes were money and thus they could be an object of the criminal offence of currency counterfeiting (Decision No. Up-40/94 of 3 November 1995). Although it concerns a completely different issue and the constitutional complainant succeeded in this case, I also refer to Decision No. Up-203/97 of 16 March 2000, by which the Constitutional Court abrogated the final accessory sentence imposed on a convicted person due to the fact that tempore criminis the fundamental conditions for imposing such were not fulfilled.

<sup>76</sup> See Decision No. U-I- 335/02 of 24 March 2005.

<sup>77</sup> In this report I cannot go more deeply into a description of the Slovene system of criminal conduct in general and within this system, especially a description of minor offenses. The issue of classifying criminal conduct into different categories of punitive law is well-known and always present. In order to avoid any misunderstanding, I must clarify that new legislation concerning minor offenses was implemented in Slovenia at the beginning of 2005, whereas all decisions that I had in mind and to which I refer in this context refer to the Minor Offenses Act in force prior to that. Thus, in this report I limited the presentation foremost to positions regarding which it can be reasonably assumed that they will remain relevant also in the future. The Constitutional Court will have to take completely new positions on certain issues which stem from the new legislation.

with reference to Article 29 of the Constitution was not violated. Also the opposite applies: if a sanction which by its nature is comparable to punishments was imposed, in such a case the defendant must be ensured the same fundamental guarantees of a fair trial as a defendant in criminal proceedings<sup>78</sup>.

Considering the legal regulation in force, deciding in cases of minor offenses raised certain doubts also from the viewpoint of ensuring judicial protection in such cases. However, as regards the fact that in the concrete case the body deciding minor offenses in the second instance decided with full judicial jurisdiction, the Constitutional Court found that the complainant's right to judicial protection determined in Article 23 of the Constitution was not violated<sup>79</sup>. A defendant must be, just as in criminal proceedings, ensured the right to present evidence to his benefit<sup>80</sup>. In addition, provisions regarding the exclusion of an impartial judge apply<sup>81</sup>.

More doubts might be raised by a recent decision<sup>82</sup> which included provisions regarding a statute of limitations for minor offense prosecution among the provisions that should constitute the concept of a fair trial. The legislature should have respected the requirement of a fair trial by introducing the institution of a statute of limitations in punitive law; in the concrete case such requirement was not respected, as the decision was sent to the constitutional complainant's address only after the absolute statute of limitations of the minor offense proceedings had already expired.

#### IV. Conclusion

From all the above-mentioned, we can summarize that the Constitutional Court of the Republic of Slovenia did not establish ("locate") the concept of a fair criminal trial in any of the specific provisions of the Slovene Constitution. It has namely taken the position that a fair criminal trial is ensured only by the mutual effect of various constitutional rights. A conclusion on whether concrete proceedings meet the standards of a fair criminal trial would require a review of the proceedings as a whole<sup>83</sup>.

The requirement of a fair trial primarily entails a prohibition on the arbitrariness of state bodies in proceedings against alleged offenders, and is intended to prevent unjustified interferences by state bodies in the rights and freedoms of individuals. Interferences in human rights can indeed be most severe in criminal proceedings, and to a lesser extent also in minor offense proceedings. In the above-mentioned proceedings punitive sanctions can be imposed by which

<sup>78</sup> See Decision No. Up-120/97 of 18 March 1999.

<sup>79</sup> See inter alia Decision No. Up-58/95 of 20 November 1997. <sup>80</sup> See Decision No. Up-486/03 of 9 July 2004 and many others.

<sup>81</sup> See Decision No. Up-572/03 of 6 November 2003.

<sup>82</sup> See Decision No. Up-762/03 of 7 April 2005.

<sup>83</sup> Explicitly in Decision No. U-I-204/99 of 12 December 2002.

individuals can be deprived of their rights or freedoms or such can be restricted. A particularity of punitive sanctions is the use of organized, lawfully regulated, and predetermined force. In cases in which the state interferes with human rights and fundamental freedoms by resorting to criminal repression, it may do so only when such is explicitly determined, whereby the restriction of rights is allowed only in cases in which it is also in compliance with the general principle of proportionality determined in Article 2 of the Constitution<sup>84</sup>.

Thus, it is essential for a fair trial that a person whose rights, duties, or legal interests are the subject of judicial proceedings has appropriate and adequate possibilities to adopt a standpoint not only regarding the factual but also regarding the legal aspects of the case, and that such person is not in a detrimental position as compared to an opposing party. A fair trial is thus guaranteed foremost by Article 22, paragraph 1 of Article 23<sup>85</sup>, and Article 29 of the Constitution, whereby the constitutional guarantees set forth in the latter provision are special with reference to the rights determined in Article 22 and paragraph 1 of Article 23 of the Constitution. Moreover, Article 29 only comparatively lists individual rights. Their scope can only be restricted with reference to the fact that certain rights follow also from Articles 22 and 23, and in particular from Articles 27 and 28 of the Constitution, and with reference to paragraphs 3 and 5 of Article 15 of the Constitution<sup>86</sup>.

Within the scope of its powers, the Constitutional Court of the Republic of Slovenia has taken a position on the issue of a fair trial not only in cases in which it reviewed the constitutionality of various disputable provisions in criminal legislation, but also in constitutional complaint proceedings in which it reviewed whether decisions in concrete cases might have interfered with the above-discussed concept. In this respect it found itself in a similar position as the European Court of Human Rights and played its part, *mutatis mutandis*, similarly.

In the majority of cases the review of whether concrete proceedings were conducted within the framework of a fair trial was not complicated. Usually it demonstrated that one of the (individual) rights which comprise the right to a fair trial was violated so obviously that the proceedings as a whole were tarnished; it can be expected that in the future the situation will be similar. The work of the Court would have been more demanding if many smaller violations had occurred which individually would not have entailed a relevant violation, however, as a whole they (might) have been taken into consideration. The

<sup>84</sup> See Decision No. Up-762/03 of 7 April 2005.

<sup>85</sup> Paragraph 1 of Article 23 (Right to Judicial Protection) of the Constitution reads as follows: "Everyone has the right to have any decision regarding his rights, duties and any charges brought against him made without undue delay by an independent, impartial court constituted by law."

<sup>86</sup> Paragraph 3 of Article 15 of the Constitution reads as follows: "Human rights and freedoms shall be limited only by the rights of others and in such cases as provided by law." Paragraph 5 reads as follows: "No human right or fundamental freedom regulated by legal acts in force in Slovenia may be restricted on the grounds that this Constitution does not recognize that right or recognizes it to a lesser extent."



review could have been even more complicated if it had proved that proceedings, analyzed in individual segments, had been conducted within the powers granted by the act, as a whole, but were nevertheless unfair. The Constitutional Court of the Republic of Slovenia has not yet encountered such cases.

However, it must be observed that such a (complete) review whether concrete (criminal) proceedings were fair, which must be carried out by the Constitutional Court, can indeed be very demanding. Although the Court has in general already determined which constitutional rights it will consider within this scope, the concept is nevertheless still under construction and might still be developing<sup>87</sup>. In addition, it might demonstrate in future work that a certain ranking of individual rights may occur<sup>88</sup>, as it has already been demonstrated that individual provisions of the Constitution in this respect bear a similar relation<sup>89</sup>. Therefore, I believe that the concept of a fair trial (which is also otherwise nothing but a static category) will further develop in the case-law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia<sup>90</sup> and that its final determination, if it ever occurs at all, is yet to come.

The highest court in the Republic of Slovenia is the Supreme Court<sup>91</sup>, while the Constitutional Court is the highest body of judicial power for the protection of constitutionality and legality and for the protection of human rights and fundamental freedoms<sup>92</sup>. These two provisions, even if of a different rank - the first one is constitutional and the second only statutory, on one hand determine and on the other leave open certain questions regarding the relationship between the judiciary and the Constitutional Court concerning the protection of human rights and fundamental freedoms. As I have emphasized above, the primary task of regular courts is to ensure that human rights or fundamental freedoms are not violated in the cases they decide. This entails two things: they must strive not to commit such violations themselves, and on the other hand they must remedy

<sup>87</sup> In my opinion, it cannot be expected that any of the elements which constitute the right to a fair trial would be excluded from this scope (irrespective of the efforts mentioned at the beginning of this report for more efficient criminal proceedings). It is more likely that new elements of the right to a fair trial will arise (or will at least be alleged).

<sup>88</sup> Thus, decisions can be found from which it can be inferred more considering their stylization than the fact that such would be stated *expressis verbis* that ensuring full (substantive) adversary proceedings is indeed of foremost importance. This indicates that some kind of a core of a concept of a fair trial is being created to which other provisions refer. If developments took the direction of a too complex (composed) concept of a fair trial, this would not be, in my opinion, good; such, too complicated concepts are difficult to realize and can easily lose their safeguarding function.

<sup>89</sup> E.g. the above-mentioned relation between Articles 29 and 22 and paragraph 1 of Article 23 of the Constitution.

<sup>90</sup> Within this framework let me just mention that in the past decade, apart from numerous decisions that refer to a fair trial, Constitutional Court judges have produced in these cases a substantial number of dissenting opinions, concurring and dissenting, which open numerous other issues related to the above-mentioned cases and open new aspects of problems and their solutions.

<sup>91</sup> See paragraph 1 of Article 127 of the Constitution.

<sup>92</sup> See paragraph 1 of Article 1 of the Constitutional Court Act.

possible violations which were committed by other bodies. If they do not succeed, the Constitutional Court may take measures.

The relationship between the Constitutional Court and the regular judiciary, especially the Supreme Court, which in the Slovene legal order often decides in the last instance in the discussed cases, is a potentially conflicting relationship. The Constitutional Court might interfere with the decisions of other courts in deciding cases of constitutional complaints, vice versa is obviously not possible. For the time being, it must be observed that open conflict situations have not occurred, although there is no doubt that the interferences of the Constitutional Court with the decisions of other courts has provoked different reactions and comments. The position of the Constitutional Court in this respect is namely very strong: not only, as already mentioned, can it annul or abrogate a decision of another body<sup>93</sup>, but it may even - indeed only in exceptional cases - decide itself on the disputed right, and I personally have reservations concerning such power<sup>94</sup>. Thus, the powers of the Constitutional Court in deciding on constitutional complaints are logically rounded off. Irrespective of the above-mentioned, I believe that the decisions of the Constitutional Court must be convincing foremost due to their reasonableness and the power of argument. If not so, the conflict could become real and thereby the system of the protection of human rights and fundamental freedoms might lose its legitimacy - to the detriment of the people, those for whom it was created.

## РЕЗЮМЕ

Словения относится к тем странам, которые применяют особые средства правовой защиты прав и свобод человека в конкретных судебных делах. Любое лицо, которое считает, что его права и основные свободы попораны деятельностью государственного института, органов местного самоуправления или носителями публичной власти, имеет право подать конституционную жалобу в соответствии с порядком подачи жалоб в Конституционный Суд.

Обращаться с конституционной жалобой можно только в тех случаях, когда все правовые возможности уже исчерпаны. Кроме того, Конституция устанавливает, что Конституционный Суд решает, принять конституционную жалобу на рассмотрение в установленном законом порядке или нет.

В Словении правовой порядок рассмотрения конституционной жалобы предусмотрен не только для уголовных дел. Конституционным Судом рассмотрены многочисленные дела и относительно

<sup>93</sup> See paragraph 1 of Article 59 of the Constitutional Court Act.

<sup>94</sup> See paragraph 1 of Article 60 of the Constitutional Court Act and Section II above.

других областей права. Однако это, главным образом, внесло вклад в укрепление гарантий справедливого уголовного судопроизводства, основная концепция которого тесно связана с демократическим государством, руководствующимся верховенством права.

Что касается справедливого судебного разбирательства, то, прежде всего, необходимо обратить особое внимание на два фактора. Во-первых, необходимо учитывать, что Конституция Республики Словения, в противоположность законодательным актам других стран, не дает точное определение термина «справедливое уголовное судопроизводство».

Во-вторых, необходимо учитывать, что Словения действительно имеет новый Уголовно-процессуальный Кодекс, а также то, что этот Кодекс конкретно не устанавливает понятие справедливого судопроизводства. Конституционный Суд в своих постановлениях выразил такую позицию, согласно которой справедливое уголовное судопроизводство, с одной стороны, относится к проверке конституционности процессуального акта, а с другой стороны, касается рассмотрения конституционной жалобы на конкретном уровне. Концепция справедливого судопроизводства, несомненно, требует, чтобы беспристрастный суд вынес бы обвиняемому по данному уголовному делу справедливый приговор.

В этом смысле, конкретные решения важны не только при рассмотрении конституционной жалобы, но и при принятии решений о конституционности акта об отводе судьи.

Конституционный Суд сравнительно рано принял на вооружение доктрину презумции невиновности. В Конституции установлено, что презумция невиновности не является абсолютной. Презумция невиновности относится лишь к уголовным делам и предусматривает, что груз доказывания, а также риск ложится на обвинителя и действует принцип *indubto pro reo*, т.е. если вина не доказана, суд должен оправдать обвиняемого.

Решения Конституционного Суда относительно правовых гарантий уголовного судопроизводства указаны в статье 27 Конституции, являются очень важными для концепции справедливого уголовного судебного разбирательства.



## ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВЫЙ СУД КАК ОДИН ИЗ ВАЖНЕЙШИХ ПРИНЦИПОВ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ

**ИЛМА ЧЕПАНЕ**

*судья Конституционного Суда Латвийской Республики*

[1] С введением института конституционной жалобы Конституционный Суд Латвийской Республики получил значительное число жалоб на несоответствие правовых норм статье 92 Конституции, в которой закреплено право на справедливый суд. Суд решал этот вопрос почти по каждому третьему делу. Это не является неожиданным, ибо, как известно, и в Европейском суде по правам человека очень много дел о возможных нарушениях статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее - Конвенция). Следовательно, государства не всегда способны в полной мере обеспечить претворение в жизнь этих всеохватывающих и всесторонних прав.

Право на справедливый суд относится к важнейшим основным правам лица. Степень развития этих прав в большей мере считается предпосылкой того, чтобы лицо могло бы осуществлять или защищать другие установленные в Конституции или законах права. Выражаясь образно, можно утверждать, что упомянутые права являются "ключом" обеспечения остальных прав. Мы рассмотрим лишь отдельные актуальные проблемы.

Первое предложение статьи 92 Конституции Латвийской Республики (далее - Конституция) устанавливает, что "каждый может защищать свои права и законные интересы в справедливом суде". Эта норма перекликается как с уже ранее упомянутой статьей 6 Конституции, так и с декларированными в статье 10 Всеобщей декларации прав человека ООН правами, а также правами, предусмотренными в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Категорию дел о праве на справедливый суд можно разделить на несколько групп, ибо это право включает в себя несколько аспектов - институциональный и процессуальный. В связи с институциональным аспектом можно было бы упомянуть, например, дела о независимости и объективности суда, а с процессуальным - дела о праве на юридическую помощь, праве быть выслушанным и праве на обжалование.

Рассматривая дела в связи с правом на справедливый суд, Конституционный Суд Латвии сделал вывод, что содержание статьи 92 Конституции разъясняется в тесной связи со статьей 89 Конституции, кото-

рая устанавливает, что "государство признает и защищает основные права человека согласно настоящей Конституции, законам и обязательным для Латвии международным договорам". Следовательно, целью законодателя было достижение взаимной гармонии международных и национальных правовых норм.

Конституционный Суд во многих своих решениях указывал, что в случаях, когда возникают сомнения в содержании включенных в Конституцию норм по правам человека, они должны толковаться по возможности в соответствии с той интерпретацией, которая используется, применяя международные нормы по правам человека. И статья 92 Конституции интерпретировалась, руководствуясь статьей 6 Конвенции и заключениями, которые закрепились в практике Европейского суда по правам человека.

[2] Прежде всего хочу коснуться одного актуального в Латвии вопроса и, надо полагать, в настоящее время также и в других государствах. А именно, **является ли право обращения в суд абсолютным?** Этот вопрос анализировался в нескольких решениях Конституционного Суда Латвии. Однако хотелось бы подробнее остановиться на двух решениях последних лет, которые, говоря о нашей практике в связи с правом на справедливый суд, можно было бы оценить как обобщение заключений предыдущих лет в этой области.

[2.1] В одной из конституционных жалоб оспаривались нормы Уголовно-процессуального кодекса Латвии, которые не предусматривали возможность обжаловать в суде процессуальные действия досудебного дознания (обыск). Оспариваемые нормы устанавливали, что предусмотрено право обращаться с жалобой только в прокуратуру, которую, по мнению заявителя, якобы нельзя признать независимым судом в понимании статьи 92 Конституции<sup>1</sup>.

Конституционный Суд, основываясь на предыдущей практике, признал, что, хотя в статье 116 Конституции, где указаны случаи, в которых права лица можно ограничивать в предусмотренных законом случаях, чтобы защитить права других людей, демократическое устройство государства, безопасность, благополучие и нравственность общества, статья 92 не упоминается, однако **это не означает, что эти права являются абсолютными**. А именно, лицу не гарантируется право любой для него важный вопрос решать в суде. Допущение, что для предусмотренных в первом предложении статьи 92 прав лица вообще нельзя установить ограничения, может привести к противоречию как с гарантированными Конституцией основными правами других лиц, так и Европейский суд по правам человека недвусмысленно сделал вывод, что право обращаться в суд можно ограничивать настолько, на-

<sup>1</sup> См. Решение Конституционного Суда от 11 октября 2004 года по делу N2004-06-01.

сколько оно не отнимается по существу<sup>2</sup>. Разрешая обжаловать в суде каждое решение и действие органа дознания, неоправданно задерживалось бы досудебное расследование. Это противоречило бы интересам безопасности общества и затрагивало бы права других лиц, и к тому же угрожало бы своевременному окончанию расследования уголовного дела и рассмотрению его в суде.

[2.2] Как значительный вклад в развитие конституционных прав Латвии, по-моему, можно оценить решение по так называемому делу Третьейских судов<sup>3</sup>, в котором сравнительно широко отражена практика как нашего суда, так и Европейского суда по правам человека в отношении права на справедливый суд. В этом деле заявитель просил суд признать не соответствующей статье 92 Конституции норму Гражданско-процессуального закона, которая устанавливает, что судья отказывается принять исковое заявление, если стороны в установленном законом порядке договорились о передаче спора для рассмотрения его в Третьейском суде. В заявлении указывалось, что, во-первых, рассмотрение дела в Третьейском суде нельзя приравнивать к справедливому и открытому рассмотрению дела в независимом и объективном суде в понимании Конституции и Конвенции и, во-вторых, в демократическом и правовом государстве для субъекта прав, якобы, не является обязательным включенный в договор отказ от гарантированных в Конституции или Конвенции прав человека.

Конституционный Суд отклонил утверждение, что добровольное ограничение основных прав при заключении гражданско-правовых договоров не может быть для лица обязательным. В решении было высказано мнение, что абсолютизированное право обращаться в суд вступило бы в противоречие с другими правами конституционного ранга и создало бы несбалансированность закрепленных в Конституции основных прав.

[3] Доступ к суду может быть ограничен и по многим другим причинам.

[3.1] Во-первых, в связи в государственной пошлиной или другими расходами судебного разбирательства.

[3.2] Во-вторых, можно назвать ограничением доступа к суду и определенный период времени, в который лицо, защищая свои ущемленные права или правовые интересы, вправе обратиться в суд. Европейский суд по правам человека, принимая во внимание различные правовые системы европейских государств, установил, что в данном во-

<sup>2</sup> См. пункт 1.1 заключительной части Решения Конституционного Суда от 27 июня 2003 года по делу N 2003-04-01; решение ЕСПЧ по делу Golden v. the United Kingdom, judgment of 21 February 1975, Series A. §38; Ashingdane v. the United Kingdom, judgment of 28 May 1985, Series A. no. 93, §57.

<sup>3</sup> См. Решение Конституционного Суда от 17 января 2005 года по делу N2004-10-01.

просе для государства характерна большая свобода действий<sup>4</sup>. И в судебной системе Латвии такие процессуальные сроки разные: от одного месяца<sup>5</sup> в публичном праве и даже до 10 лет<sup>6</sup> в частном праве.

[3.3] В-третьих, можно было бы назвать ограничения, связанные с правоспособностью и дееспособностью лица.

**Таким образом, право обращаться в суд можно ограничить. Однако это должно быть установлено законом, ограничение должно иметь легитимную цель и это ограничение должно быть соразмерно с легитимной целью.**

[4] Принимая во внимание значение права на справедливый суд, в этом докладе коснусь еще одного важного в латвийской судебной практике вопроса, по которому особо хотелось бы услышать мнение уважаемых участников конференции. А именно: можно ли признать использование субъективного публичного права лица на справедливый суд противоправным действием? **Может ли в связи с обращением какого-либо лица в административный суд, возможно и в Конституционный Суд, наступить для этого лица гражданско-правовая или другая ответственность?**

[4.1] В этой связи необходимо подчеркнуть, что в течение последнего года в Латвии начала складываться опасная судебная практика. А именно, в связи с обращением третьего лица в административный суд, с целью оспаривания от имени более чем ста соседей незаконного действия самоуправления (административного акта - разрешения на строительство), судья Коллегии Рижского окружного суда по гражданским делам не только приняла к рассмотрению иск к этому третьему лицу о взыскании причиненных убытков в размере 430000 Euro, но и приняла решение об описи имущества и денежных средств этого лица. (Необходимо отметить, что решение об описи имущества Верховный Суд отменил).

В исковом заявлении обращение лица в административный суд было расценено как действие со злым умыслом, осознанно противоправное действие и административный произвол. В свою очередь, когда представители адресата, имеющего разрешение на строительство - влиятельное в Латвии адвокатское бюро узнало, что в доме напротив заявителя, обратившегося в административный суд против незаконного действия самоуправления, живет профессор Латвийского университета, которая одновременно является и судьей Конституционного Суда и научная работа которой связана с исследованием правовых проблем строительства, в этот окружной суд были внесены дополнения к иско-

<sup>4</sup> Stubbings v. United Kingdom, October 22, 1993, R.J.D., 1996-IV, No.18.

<sup>5</sup> См., например, часть первую статьи 79 АПЗ.

<sup>6</sup> См., например, статью 1895 Гражданского закона.

вому заявлению, в которых была просьба о взыскании ущерба и с профессора в связи с "подстрекательством" соседки обратиться в административный суд. Более того, окружной суд, основываясь на установленном в Гражданско-процессуальном законе принципе равноправия и соревновательности сторон, удовлетворил даже просьбу заявителя об экспертизе для определения автора документов (заявление в самоуправление, заявление в административный суд и др.). При рассмотрении частной жалобы по этому делу в Верховном Суде решение окружного суда было оставлено в силе. И "нанятые" заявителем эксперты, сравнивая заявление в административный суд с публично доступными научными публикациями профессора, в настоящее время ищут автора искового заявления в административный суд.

[4.2] Так как дело сейчас еще находится в судопроизводстве, более подробно его не буду анализировать. Все же хочу подчеркнуть, что абсурдна сама ситуация о признании использования субъектного публичного права противоправным действием. **Честное использование** предоставленных в Конституции и законах **прав** не может быть причиной того, чтобы в отношении лица применили бы гражданскую, дисциплинарную или уголовную ответственность. Лицо, подавшее в административный суд или Конституционный Суд заявление с целью оценки законности какого-то нормативного или административного акта, нельзя наказывать, запугивать или создавать для него неблагоприятные последствия только потому, что оно использовало свои предусмотренные законом права или механизмы их защиты.

## SUMMARY

[1] Since the establishment of the institute of the constitutional claim the Republic of Latvia Constitutional Court has received a noticeable number of complaints about unconformity of legal norms with Article 92 of the Constitution, which entrenches the right to a fair court. The above right shall be considered as one of the most significant fundamental rights of a person. The level of development of this right may be regarded as the precondition for the person to be able to realize or protect other rights, enshrined in the Constitution or the laws.

The matters on the right to a fair court may be divided into several groups, because these rights include several aspects - like the institutional and the procedural aspects. As concerns the institutional aspect, one could mention, for example, matters on the court independence and impartiality, but the procedural -matters on the right to legal aid, the right to hearing and the right to appeal.



[2] The author first of all turns to one of the issues, which are topical in Latvia and in other states as well. Namely- **is the right to address the court absolute?** This issue has been analyzed in several Judgments of the Latvia Constitutional Court, in which the Court has stressed that the person is not guaranteed the right to appeal at the court in adjudication of any issues, significant to him/her<sup>1</sup>.

The assumption that to the rights of a person, anticipated in the first sentence of Article 92 of the Constitution, no restrictions may be determined, would be at variance with other constitutional rights and create unbalance of fundamental rights, fixed in the Constitution. Therefore both - the European Court of Human Rights and also the Republic of Latvia Constitutional Court have clearly concluded that the right to appeal at the court may be restricted as far as the persons are not deprived of it<sup>2</sup>.

Thus the right to appeal at the court may be restricted. However, it has to be determined by the law; the restriction shall have a legitimate aim and the restriction has to be proportionate to the legitimate aim.

[3] One more actual issue of the case law of the Latvia courts of general jurisdiction is analyzed in the report. Namely, could the use of the subjective public right of a person to appeal at the court be declared as an illegal activity? May it happen that if a person appeals at the Administrative Court, perhaps even at the Constitutional Court, civil or other kind of liability sets in?

The author holds that fair use of the rights, envisaged in the Constitution and the laws, cannot serve as the reason for applying any kind of liability to a person. The person, who has submitted a claim to the Constitutional or Administrative Court with the request to assess the legitimacy of a normative or administrative act, shall not be inflicted a penalty, intimidated or feel unfavorable consequences just because he/she has made use of the rights, or the mechanisms of defense, established by law. There is no violation of the law if someone makes use of the envisaged right in good faith.



<sup>1</sup> See for example the Constitutional Court October 11, 2004 Judgment in case No. 2004-06-01 and January 17, 2005 Judgment in case No. 2004-10-01

<sup>2</sup> See the Constitutional Court June 27, 2003 Judgment in case No. 2003-04-01, Item 1.1 of the concluding part; ECHR Judgment in case Golder v. The United Kingdom, Judgment of 21 February 1975, Series A, § 38; Ashingdane v. The United Kingdom; judgment of 28 May, 1985, Series A No. 93, § 57.

## НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА ЛИТОВСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

**АРМАНАС АБРАМАВИЧЮС**

*судья Конституционного Суда*

*Литовской Республики*

Тема соотношения принципов права и политической, социальной реальности при осуществлении конституционного правосудия очень широкая. В рамках этой темы можно рассматривать разные аспекты соотношения принципов права и социальной политической реальности в процессе конституционного контроля.

При рассмотрении данной темы я хотел бы затронуть лишь некоторые аспекты исполнения решений Конституционного Суда Литовской Республики, так как, по моему мнению, именно при исполнении решений Суда наиболее отчётливо проявляется взаимоотношение принципов права с социальной политической реальностью. Одной из причин, подтолкнувшей меня к анализу данной проблематики была и практика Конституционного Суда, в которой за последнее время были сформулированы важные принципы, связанные с исполнением решений Суда.

Говоря об исполнении решений Конституционного Суда, в первую очередь я хотел бы проанализировать вопрос о правовом значении и правовых последствиях таких решений.

Надо отметить, что правовое значение и правовые последствия решений Конституционного Суда Литовской Республики обусловлены прямо закреплённым в Конституции принципом верховенства Конституции.

Так, по ч. 1 ст. 7 Конституции Литовской Республики недействительным является любой закон или иной акт, противоречащий Конституции.

По ч. 1 ст. 107 Конституции закон или иной акт (их часть) не могут применяться со дня официального провозглашения решения Конституционного Суда о противоречии соответствующего акта Конституции. В данном случае хотелось бы обратить внимание на то, что в упомянутой части 1 ст. 107 Конституции используется формулировка, по которой противоречащий Конституции акт не может применяться. В данном случае не говорится о недействительности такого не соответствующего Конституции акта. Поэтому среди конституционалистов возник вопрос о том, что означает данная формулировка: изъятие про-

тиворечащего Конституции акта из системы права или что-то иное? Часть конституционалистов Литвы придерживаются такой точки зрения, что вышеупомянутое положение означает лишь изъятие противоречащего Конституции акта из правового оборота, но не исключение его из системы права. По их мнению, такой противоречащий Конституции акт исключается из правовой системы лишь вследствие принятия другого определённого правового акта, признающего не соответствующий Конституции акт недействительным или его изменяющего. Такой позиции, фактически, придерживается и Конституционный Суд. Так, в одном из своих решений Конституционный Суд констатировал, что вследствие принятия закона (по данному закону отдельные статьи (их положения) закона о государственных пенсиях социального страхования, которые Конституционный Суд признал не соответствующими Конституции, были признаны недействительными), статьи (их положения), противоречащие Конституции, были изъяты из правовой системы<sup>1</sup>.

Далее я хотел бы рассмотреть вопрос о том, какие последствия для субъектов правоотношений возникают при признании закона или иного акта противоречащим Конституции.

В практике судов Литвы, как и в практике судов других стран, часто возникает вопрос о том, распространяется ли решение Конституционного Суда о противоречии закона или иного акта Конституции на правоотношения, возникшие до принятия такого решения, или решение Суда создаёт последствия лишь на будущее, т. е. на те правоотношения, которые возникнут после принятия такого решения Суда. Так называемый вопрос о действии решений Конституционного Суда во времени.

В данном случае разговор, фактически, идёт о двух моделях конституционного контроля. Так называемая германская модель (*ex tunc*), по которой решения конституционных судов имеют обратную силу, т. е. они распространяются на правоотношения, возникшие с момента вступления в силу антиконституционного закона или иного акта независимо от времени принятия решений конституционными судами.

По другой модели - так называемой австрийской (*ex nunc*) - решения конституционных судов создают последствия лишь на будущее, т. е. они воздействуют на те правоотношения, которые возникают после принятия решений.

Особенно остро вопрос о том, имеет ли решение Конституционного Суда Литовской Республики обратную силу, встал после того, когда Конституционный Суд в одном из своих постановлений признал не соответствующим Конституции отдельные положения закона, регули-

<sup>1</sup> Решение Конституционного Суда Литовской Республики от 13 мая 2003 г.

рующего отношения пенсионного обеспечения. Так называемое дело «о работающих пенсионерах»<sup>2</sup>.

Так, в данном законе было установлено, что пенсионеру, который после назначения пенсии начинает работать и получать зарплату, выплачивается не вся, а только часть ему назначенной и до начала работы выплачиваемой пенсии. По данному закону пенсия уменьшалась в зависимости от величины зарплаты, получаемой пенсионером.

Упомянутое постановление Конституционного Суда было очень важным для развития доктрины о защите права на собственность. Так, в этом постановлении Конституционный Суд, фактически, впервые право на пенсионное обеспечение связал (сопоставил) с правом на собственность. Суд констатировал, что лицо, соответствующее установленным в законе условиям для получения пенсии и которому эта пенсия была назначена и выплачивается, имеет право на определённую денежную выплату, которое охраняется и защищается как право на собственность. Исходя из этого, Конституционный Суд признал вышеупомянутые положения закона о пенсионном обеспечении противоречащими Конституции.

Данное постановление Конституционного Суда способствовало возникновению дискуссии о том, что значит, какие последствия для работающих пенсионеров создаёт это решение и должно ли государство возместить работающим пенсионерам ущерб, который возник из-за невыплаты им полагающейся части пенсии. Хочу лишь пояснить, что положения закона об ограничении размера пенсии, получаемой работающими пенсионерами, действовало около восьми лет и за эти годы работающие пенсионеры не получили большую часть полагающейся им по Конституции пенсии. Именно пенсионеры на основании постановления Конституционного Суда обратились в суды, чтобы им была бы выплачена та часть пенсии, которая не была выплачена, руководствуясь антиконституционными положениями закона о пенсионном обеспечении.

Перед судами встал вопрос: как решать такие дела — удовлетворять или отклонять иски пенсионеров. И тут было найдено очень интересное, я сказал бы, соломоновское решение: Верховный Административный Суд Литовской Республики обратился в Конституционный Суд с просьбой проверить, соответствует ли Конституции закон, который признал недействительными вышеуказанные положения Закона о государственных пенсиях социального страхования, которые Конституционный Суд признал противоречащими Конституции.

Свою просьбу административный суд аргументировал тем, что не выплачивать работающим пенсионерам часть пенсий было решено на ос-

<sup>2</sup>Постановление Конституционного Суда Литовской Республики от 25 ноября 2002 г.

новании положений закона, которые позже были признаны противоречащими Конституции, и таким образом государство, приняв такой закон, незаконно посягнуло на собственность. Поэтому, как отметил административный суд, государство обязано предпринять все меры для восстановления нарушенных прав собственности. По мнению заявителя — Верховного Административного Суда, восстановление нарушенных прав собственности должно было быть решено в том же законе, который признал недействительными положения закона о пенсиях, которые Конституционный Суд признал не соответствующими Конституции. Поэтому административный суд обратился в Конституционный Суд с просьбой проверить, не противоречит ли Конституции вышеуказанный закон, так как в нём нет положений о том, как работающим пенсионерам должна быть возвращена невыплаченная часть пенсии. По существу, в обращении административного суда поднимался вопрос об обратной силе решения Конституционного Суда.

Данное обращение административного суда было отклонено как неподведомственное Конституционному Суду. Но в этом решении Суд не только аргументировал свой отказ, но и косвенно затронул вопрос о действии решений Конституционного Суда во времени. Суд, фактически, указал, что действие решений Суда направлено лишь на будущее<sup>3</sup>.

Далее я хотел бы рассмотреть ещё один аспект, связанный с исполнением решений Конституционного Суда. Как уже отмечалось, закон или иной акт, который Судом признаётся противоречащим Конституции, не может применяться. Поэтому после вступления в силу постановления Конституционного Суда, которым определён закон или другой акт признаётся не соответствующим Конституции, в правовой системе могут возникнуть неопределённости, пробелы, а в определённых случаях - даже и вакуум в правовом регулировании. Законодатель обязан изменить правовое регулирование так, чтобы были исключены упомянутые неопределённости, пробелы, а для этого законодателю нужно определённое время.

Поэтому Конституционный Суд в одном из своих решений констатировал, что Суд, оценив то, какая правовая ситуация может возникнуть после вступления в силу решения Суда, может установить дату официального провозглашения решения. В этом случае я хотел бы лишь пояснить, что решения Суда вступают в силу со дня их официального провозглашения в «Государственных Ведомостях».

Впервые вопрос об отложении вступления в силу решения Суда возник в деле, в котором решался вопрос о соответствии Конституции отдельных положений Закона о местном самоуправлении. Суд в своём

<sup>3</sup> Решение Конституционного Суда Литовской Республики от 13 мая 2003 г.

постановлении по данному делу признал противоречащим Конституции ряд положений упомянутого закона. Так, например, противоречащими Конституции были признаны положения Закона о местном самоуправлении, в которых было установлено, что коллегиальные исполнительные органы самоуправления (управления) состоят из членов Совета самоуправления, что мер созывает заседания Совета самоуправления и им председательствует, что мер подписывает решения Совета самоуправления и т. д. Суд констатировал, что такое правовое регулирование, когда исполнительные и подотчётные Совету органы создаются из членов их контролирующего Совета, противоречит Конституции. Суд также указал, что по Конституции мер самоуправления не может быть одновременно и членом Совета самоуправления. Это решение было важным в том смысле, что Суд провёл четкую грань между Советом самоуправления (как представительным органом) и исполнительными органами самоуправления (мер, управление). Суд акцентировал принцип подотчётности исполнительных органов Совету самоуправления и верховенство Совета по отношению к исполнительным органам самоуправления<sup>4</sup>.

И тут возникла одна проблема. Если упомянутое постановление было бы официально провозглашено, т. е. вступило бы в силу сразу после его публичного прочтения на заседании Суда, то был бы расстроен механизм функционирования местного самоуправления, что повлекло бы и нанесение ущерба интересам местного населения, а также интересам предприятий, организаций. Таким образом, фактически на некоторое время была бы парализована деятельность местных самоуправлений. Надо было найти решение этой проблемы.

И тогда Конституционный Суд в своём решении постановил, что вышеупомянутое решение должно быть официально провозглашено лишь спустя два месяца с момента его публичного прочтения (обнародования) на заседании Суда. Таким образом, на два месяца было отложено вступление в силу вышеупомянутого решения Конституционного Суда. За это время законодатель на основании публично обнародованного, но ещё не вступившего в силу решения внёс поправки в законодательство о местном самоуправлении.

Данная ситуация послужила тому, что были внесены поправки в закон о Конституционном Суде, которые предоставили Суду право самому устанавливать дату официального провозглашения его решений, т. е. по существу решать вопрос о том, с какого момента вступает в силу решение Суда.

Такое право Суд применил ещё один раз, и это произошло в 2005 году. Так, Суд рассматривал вопрос о конституционности закона о компен-

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда Литовской Республики от 24 декабря 2002 г.

сациях государством за выкупаемое недвижимое имущество. Надо отметить, что данный закон регулирует отношения, связанные с восстановлением прав собственности в виде выплаты денежных компенсаций лицам за национализированное недвижимое имущество, когда такое имущество не возвращается в натуре. В этом законе установлены порядок и окончательные сроки выплаты денежных компенсаций. Сложилась такая практика, что законодатель, внося поправки в закон о компенсациях государством за выкупаемое недвижимое имущество, эти сроки всё переносил на более позднее время. Конституционный Суд подчеркнул, что дальнейший перенос окончательных сроков выплаты компенсаций может быть признан противоречащим Конституции, а так же признал не соответствующими Конституции определённые положения закона, которые делегировали Правительству право установить размер компенсаций и порядок их выплаты. Если упомянутое решение Суда вступило бы в действие сразу же после его публичного обнародования на заседании Суда, то был бы приостановлен процесс восстановления прав собственности, прервалась бы выплата денежных компенсаций. Поэтому Суд постановил, что решение по вышеупомянутому делу официально в «Государственных Ведомостях» должно быть провозглашено лишь 30 декабря 2005 года<sup>5</sup>.

Выше я фактически рассмотрел вопрос о том, какие правовые последствия вызывает резолютивная часть решений Конституционного Суда, в которых констатируется соответствие (или несоответствие) закона или иного акта Конституции. Но решение Конституционного Суда состоит не только из резолюции, но и из мотивов, аргументов, на которых основывается резолюция Суда о конституционности правового акта. Именно в мотивирующей части решения Суда раскрывается смысл норм и принципов Конституции, представляется их понятие. Возникает вопрос, какое правовое значение имеет изложенное в решении Суда понятие положений Конституции, другие правовые аргументы, на которых основывается признание (или непризнание) акта противоречащим Конституции. К рассмотрению данного вопроса Конституционный Суд, фактически, подтолкнули действия Сейма (парламента Литвы).

Как я уже отмечал, Конституционный Суд в конце 2002 года принял решение о соответствии Конституции положений закона о местном самоуправлении. В данном решении Суд при толковании Конституции подчеркнул, что по Конституции те же самые лица не могут исполнять функции по осуществлению государственной власти и в тоже время быть членами советов местных самоуправлений, что по Конституции членами местных советов самоуправлений не могут быть и должностные лица, которые имеют полномочия контролировать деятельность

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда Литовской Республики от 23 августа 2005 г.

самоуправлений. Конституционный Суд констатировал, что если вышеупомянутые должностные лица избираются членами советов местных самоуправлений, то до первого заседания Совета местного самоуправления они должны определиться по поводу того, занимать и дальше свою прежнюю должность или отказаться от прежней должности и стать членом Совета местного самоуправления<sup>6</sup>.

Но Сейм в начале 2003 года внёс поправки в закон о выборах в советы местных самоуправлений, игнорируя в вышеуказанном решении Суда изложенное толкование Конституции. В этих поправках было установлено, что должностное лицо, должность которого несовместима с должностью члена Совета местного самоуправления, не обязано до первого заседания Совета отказаться от занимаемой государственной должности.

Данная поправка была обжалована в Конституционный Суд. Конституционный Суд в своём постановлении не только признал эту поправку противоречащей Конституции, но и растолковал, какие правовые последствия имеют правовые аргументы, изложенные в решении Конституционного Суда.

Так Конституционный Суд констатировал, что субъекты правотворчества - Сейм, Президент Республики, Правительство - при принятии новых правовых актов или при изменении уже действующих обязаны придерживаться и в мотивирующей части решения Суда изложенного понятия положений Конституции, и других изложенных в решении Суда аргументов<sup>7</sup>.

В последующих решениях Конституционный Суд развил доктрину о правовой силе решений Конституционного Суда. Так, Конституционный Суд констатировал, что субъектов правотворчества обязывают не только аргументы, мотивы, изложенные в официально провозглашённом решении Суда, но и аргументы, мотивы, которые изложены в публично обнародованном, но ещё официально не провозглашённом решении Конституционного Суда. Суд подчеркнул, что в противном случае, если по поводу конституционности таких правовых актов (т. е. правовых актов, которые были приняты или изменены, невзирая на мотивы, аргументы, изложенные в решении Конституционного Суда) будет обращение в Суд, то эти акты могут быть признаны не соответствующими Конституции<sup>8</sup>.

Далее несколько слов о том, как реально на практике исполняются решения Конституционного Суда. Или, иными словами, как органы государственной власти реагируют на решения Суда, в которых законы или иные акты признаются противоречащими Конституции.

<sup>6</sup> Постановление Конституционного Суда Литовской Республики от 24 декабря 2002 г.

<sup>7</sup> Постановление Конституционного Суда Литовской Республики от 30 мая 2003 г.

<sup>8</sup> Постановление Конституционного Суда Литовской Республики от 19 января 2005 г.



В этом смысле особых проблем не существует. Как правило, Сейм, Правительство после решений Суда вносят изменения в акты, которые были признаны не соответствующими Конституции - их признают недействительными или эти акты дополняют, изменяют.

Так, например, в Статуте Сейма, который по Конституции имеет силу закона, есть отдельный раздел, в котором регламентируется порядок исполнения решений Конституционного Суда. В данном разделе установлено, что за три месяца после вступления в силу решения Суда, которым закон был признан противоречащим Конституции, один из комитетов Сейма обязан подготовить и представить Сейму проект соответствующих поправок.

В некоторых случаях при исполнении решений Конституционного Суда возникают и определённые проблемы, я даже сказал бы интересные правовые ситуации. В основном, это бывает обусловлено тем, что правотворческие субъекты сами для себя не могут, а может быть, и не хотят, разъяснить истинный смысл, сущность положений, изложенных в решении Конституционного Суда. Несколько примеров.

Так, в июле 2004 года Конституционный Суд принял постановление по делу о соответствии Конституции отдельных положений Статута Сейма<sup>9</sup>. Суть дела была очень простой. По Конституции Литовской Республики член Сейма, помимо его зарплаты за работу в Сейме, не может получать никакого другого оклада, за исключением оплаты за творческую деятельность. В Статуте Сейма было установлено, что член Сейма, помимо его оклада за работу в Сейме и оплату за творческую деятельность, ещё может получать и оклад за педагогическую деятельность. Само собой понятно, что такое положение Статута Сейма было признано противоречащим Конституции.

Попутно Конституционный Суд в вышеупомянутом постановлении изложил обширную доктрину о конституционном статусе членов Сейма. Один из вопросов, затронутых в упомянутом постановлении Суда, был вопрос об отпуске членов Сейма.

В Конституции Литовской Республики закреплено, что Сейм ежегодно собирается на две сессии - весеннюю и осеннюю. Весенняя сессия начинается 10 марта и заканчивается 30 июня, а осенняя начинается 10 сентября и заканчивается 23 декабря. Так как в законодательном порядке не был регламентирован отпуск членов Сейма, то практика сложилась такая, что время между сессиями Сейма (это почти пять месяцев) фактически расценивалось как отпуск, невзирая на то, что и между сессиями работа Сейма продолжается - проходят заседания комитетов, комиссий Сейма и т. д.

<sup>9</sup> Постановление Конституционного Суда Литовской Республики от 1 июля 2004 г.

Конституционный Суд констатировал, что в Конституции закреплён принцип непрерывности деятельности Сейма обуславливает и то, что время между сессиями Сейма не может быть отождествлено с отпуском. Конституционный Суд также указал, что Сейм в законодательном порядке должен регламентировать отпуск парламентариев. Прошло почти полтора года со дня принятия вышеупомянутого постановления Конституционного Суда, но так и в законодательном порядке ясно не регламентировано, что считать отпуском членов Сейма. Надо отметить, что эти полтора года в Сейме шли и дальше продолжают бурные дебаты по поводу того, какую модель регулирования отпуска членов Сейма выбрать.

В уже упомянутом постановлении Конституционного Суда по делу о соответствии Конституции отдельных положений Статута Сейма Суд также высказался и по поводу обязанности членов Сейма участвовать на заседаниях Сейма. Суд констатировал, что участие на заседаниях Сейма является конституционной обязанностью парламентариев. Суд подчеркнул, что такое поведение члена Сейма, когда он без очень уважительной причины не участвует на заседаниях Сейма, оценивается как невыполнение его конституционных обязанностей. Надо отметить, что после вступления в силу вышеуказанного постановления Конституционного Суда число парламентариев, участвующих на заседаниях Сейма, значительно возросло.

И в заключение несколько общих замечаний по поводу соотношения социальной, политической реальности и конституционного контроля.

Вряд ли можно было бы провести четкую грань между конституционным контролем и социальной, политической реальностью. Осуществление конституционного правосудия и социальная, политическая реальность взаимосвязаны.

С одной стороны, социальные, политические процессы, происходящие в обществе, не могут не влиять и на осуществление конституционного правосудия. Это, в основном, обусловлено тем, что ведь уже в самих конституциях есть или по крайней мере должны быть заложены основы социальной, политической реальности. С другой стороны, конституционный контроль, осуществляемый конституционными судами, в определённом объёме корректирует социальные, политические процессы, происходящие в обществе, в том числе и поведение субъектов правотворчества.

Хотя социальные, политические процессы, существующие в обществе, и осуществление конституционного правосудия взаимосвязаны, но всегда надо иметь в виду, что если социальная, политическая реальность пренебрегает грани, очерченные конституцией, это становится опасным и чревато непредсказуемыми последствиями.

## SUMMARY

In the article, an aspect of the relations between legal principles and socio-political reality, i.e. implementation of decisions of the Constitutional Court in the Republic of Lithuania, is analysed, as the problems which occur in the area of implementation of decisions of the institution of constitutional justice clearly reflect the relation between requirements of law and the socio-political reality.

With reference to the jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the author investigates what the legal effects are brought about by the decisions of this Court whereby laws and other legal acts are recognised as being in conflict with the Constitution, and how these decisions operate with regard to time. In the article, it is stated that the power of decisions of the Constitutional Court is prospective.

The author also examines the cases in the practice of the Constitutional Court when the Court postponed the official publishing of its decisions and, alongside, their entry into effect, so that the legislator might have time to amend respectively the legal regulation which is in conflict with the Constitution. In the article one also reveals the doctrine formulated by the Constitutional Court regarding the significance of the concept of provisions of the Constitution and other arguments, which are set forth in the decisions of the Constitutional Court and, on the basis of which, legal acts are recognised to be in conflict (or not in conflict) with the Constitution. One also examines how the entities of law making implement decisions of the Constitutional Court in reality and what problems occur in this area.



## НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В НЕПРИЗНАННЫХ ГОСУДАРСТВАХ\*

**ВЛАДИМИР ОГАНЕСЯН**

*зам. Председателя*

*Конституционного Суда Республики Армения*

Уважаемые коллеги!

Думается, что каждого человека, занимающегося вопросами конституционного правосудия, должна заботить проблема защиты прав населения, находящегося под юрисдикцией непризнанных государств. Я имею в виду защиту их прав от действий и решений своих же национальных органов исполнительной и судебной власти.

Как свидетельствует история, судьба и статус народов, борющихся за самоопределение, решается нескоро, вопрос этот может растянуться на десятилетия. Однако защита прав и свобод человека - это норма *jus cogens*, которая действует перманентно и не может прекратить свое действие или быть приостановлена в отношении какого-либо лица лишь по той причине, что его этнос, вследствие борьбы за свое самоопределение, с точки зрения международного права, оказался в неопределенном политико-правовом статусе.

Независимо от того, действует ли в местности проживания личности публичная власть международно признанной метрополии или власть, сформировавшая в результате самоопределения, но еще непризнанного, государства, данная личность продолжает находиться под защитой международного публичного права.

1. Нагорно-Карабахская Республика, равно как и другие непризнанные государства, появившиеся на постсоветском пространстве, сформировались в результате распада Советского Союза.

Независимо от оценок Азербайджанского государства или позиции Республики Армения, связанных с созданием и статусом НКР, граждане этого новообразованного государства фактически обитают в той географической среде, в пределах которой действует юрисдикция исключительно этого государства.

Сегодня НКР наделена всеми характерными чертами государства: имеет армию, парламент, правительство и самостоятельно действующую

\* Представлен на основе выступления в прениях.

судебную систему. Любой беспристрастный эксперт подтвердит, что в НКР общественная и государственная жизнь организована не менее эффективно, чем в Азербайджане.

2. НКР не признана субъектами международного права в качестве полноправного члена международного сообщества, относительно ее будущего статуса ведутся переговоры. Однако ее фактическая независимость в точности совпадает с тем историческим периодом, который по времени соответствует независимости Азербайджана.

Граждане НКР обитают не на другой планете, а на планете Земля, где не существует ни одного квадратного километра, на который не распространялись бы Устав Организации Объединенных Наций, универсальные международные договоры относительно прав и основных свобод человека. Следовательно, независимо от статуса той территории, которая является постоянным местом проживания карабахцев, они находятся под защитой международного публичного права.

Более того, обсуждение будущего статуса НКР проходит между Арменией и Азербайджаном, которые являются членами не только ООН, но и многочисленных региональных международных организаций, в том числе и Совета Европы.

3. Согласен, что хотя НКР обладает почти всеми характерными для государства атрибутами, однако является "непризнанным государством". Да, НКР не признана, однако имеет свое национальное законодательство и сформированные на основе последнего, с соблюдением демократических процедур законодательные, исполнительные и судебные органы, которые, в качестве носителей публичной власти, признаны также международными организациями, с которыми поддерживают отношения. Кстати, законность избрания вышеуказанных органов не поставлена под сомнение какой-либо международной инстанцией.

Исходя из изложенного, напрашивается вопрос, а кто более соответствует статусу государства — НКР или Афганистан, Сомали и Ирак?

4. В настоящее время, в связи с членством в Совете Европы и защитой прав и основных свобод человека, обеспечиваемых Европейской конвенцией, население НКР, с точки зрения международного права, оказалось в ситуации, которая в юридическом аспекте является нонсенсом и никоим образом не уместается в рамки их здравомыслия. Армения и Азербайджан, имеющие определенные притязания и ведущие переговоры относительно будущего статуса НКР, являются членами Совета Европы и присоединились к указанной Конвенции, и именно в этой связи нельзя не указать на нелогичность того обстоятельства, что НКР как бы осталась вне защиты этой важнейшей международной организации и Конвенции, лежащей в основе ее деятельности.

5. Когда зарубежные государства не желают признавать и иметь дело с НКР, как с непризнанным государством, то, исходя из существующих сегодня международных политических реалий, этому можно найти объяснение. Однако совершенно не поддается объяснению, когда такая авторитетная международная организация, как Совет Европы и входящий в его конвенциональную систему Международный суд не признают, что эта структура должна гарантировать защиту прав и свобод граждан НКР и принимать жалобы, представляемые населением НКР.

6. Создалась некая абсурдная ситуация. Население НКР, пытающееся путем самоопределения улучшить свою жизнь, развиваться в свободных и справедливых условиях, до окончательного разрешения вопросов, связанных со своей борьбой, не должно пользоваться защитой, предусмотренной Европейской конвенцией о защите прав и свобод человека, которой, кстати, пользуются безо всяких препятствий граждане Армении и Азербайджана, ведущих переговоры относительно статуса НКР.

Я могу привести даже конкретный пример. Житель НКР А. Г., который представил жалобу в Страсбургский суд, 07.06.05 г. получил ответ следующего содержания: "Европейский суд по правам человека может рассматривать только те жалобы, которые направлены против государств, ратифицировавших Европейскую конвенцию по правам человека. Нагорный Карабах таковым не является. Именно по этой причине, прошу разъяснить, против какого государства, ратифицировавшего Конвенцию, направлено Ваше заявление (прилагаю список этих стран). В противном случае, Суд не сможет рассмотреть Ваше заявление".

Автор жалобы, который выражал недовольство вынесенными судами НКР решениями в отношении его сына, считает, что по данному делу нарушено право справедливого судебного разбирательства, предусмотренное 6-й статьей Европейской конвенции о правах и основных свободах человека.

Из материалов дела явствует, что суды НКР ни законодательно, ни фактически ни имеют никакой связи с судебными системами Армении и Азербайджана.

Не секрет, что НКР находится в довольно тесных экономических и социальных связях с Арменией, однако общеизвестно, что именно в судах НКР начинается и в Верховном суде НКР заканчивается рассмотрение любого уголовного или гражданского дела. Кроме того, нам кажется, что, с точки зрения международного права, было бы однозначно неприемлемо, если бы судебные органы РА распространили бы свою юрисдикцию также на территорию и население НКР. В подобных условиях нелогично и безосновательно требовать от карабахцев, чтобы они после решения Верховного Суда НКР представляли бы жа-

лобу по их делу высшему судебному органу какой-либо другой страны, каковым является Кассационный Суд РА.

В отношении Азербайджана можно сказать следующее.

В 2003 г. Верховным Судом НКР было рассмотрено 4 уголовных дела, 30 гражданских дел, в 2004 г. - 8 уголовных дел, 37 гражданских дел, на ноябрь 2005 г. - 5 уголовных дел, 22 гражданских дела. В общей сложности, только в течение последних трех лет рассмотрено 106 дел.

При наличии подобного количества дел требовать, чтобы по ним заинтересованные стороны ездили бы в Баку и приносили бы свои жалобы на решения Верховного Суда НКР в находящиеся там высшие судебные инстанции, мягко говоря, не уместается в рамках здравомыслия.

7. Азербайджан не только не имеет никаких правовых или фактических отношений с НКР, но и во время присоединения 15 апреля 2002 г. к Европейской конвенции о правах и основных свободах человека в сданной на хранение ратификационной грамоте очень четко указал, что Азербайджанская Республика заявляет, что не может гарантировать применение положений Конвенции 1950 г. на территориях, занятых РА.

А Армения, когда в марте 2002 г. присоединилась к указанной Конвенции, каким-либо образом не указала, что она положения Конвенции распространит и на НКР. Нам кажется, что такой подход Армении полностью вытекает из принципов международного права.

8. Таким образом, получается, что, с одной стороны, жители НКР находятся в такой географической среде, которая, по сути, покрывается юрисдикцией Европейской конвенции о правах и основных свободах человека, однако, с другой стороны, Европейский суд по правам человека отказывается принимать жалобы от граждан НКР.

По нашему мнению, подобный подход не справедлив. Получается, что граждане НКР, которые пытаются довести до логического конца борьбу за свое самоопределение во имя более свободной и демократичной жизни, вынуждены длительное время быть лишены защиты, предусмотренной нормами международного права, в том числе, и Конвенцией о правах и основных свободах человека и дополняющими ее протоколами.

По этому поводу уместно вспомнить содержание статьи 2 Всеобщей декларации прав человека от 1948 года, в которой сказано, что каждый должен обладать всеми правами и свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без какого бы то ни было различия.

Конкретизируя содержание этого положения, во втором пункте этой статьи подчеркивается, что "не должно проводиться никакого различия на основе политического, правового или международного статуса страны или территории, к которой человек принадлежит, независимо от то-

го, является ли эта территория независимой, подопечной, самоуправляемой или как-нибудь иначе ограниченной в своем суверенитете".

Нам кажется, соответствующие структуры Совета Европы должны каким-либо образом обратиться к вопросу о защите прав и основных свобод человека в непризнанных государствах.

Нельзя полностью не согласиться с нынешним Председателем Европейского суда господином Вальдхабером, когда он 28-го ноября 1996 г. в идентичном мнении, представленном в решении по делу Луизиду против Турции, говоря о нарушаемых правах народов, отметил следующее: "... право самоопределения является средством, которое может быть использовано для подтверждения международных параметров прав человека и демократии". К указанному мнению присоединился также другой член Суда - господин Рисдаль.

9. Понятно, что рассматриваемый вопрос находится на стыке права и политики, и в силу этого Европейскому суду трудно принять радикальное решение. Однако, как свидетельствует практика Суда, он всегда в сложных ситуациях находил разумные решения, сохраняя приоритет уважения прав человека.

10. Нам кажется, международные организации и международные суды в отношении непризнанных государств должны сформировать следующую позицию: непризнанное государство не является членом международного сообщества признанных государств, однако его законодательные, исполнительные и судебные органы, как институты, распоряжающиеся судьбой народонаселения данной страны, ответственны за нарушение защищаемых международными конвенциональными нормами прав лиц, находящихся под их юрисдикцией. В случае подобного нарушения, международные организации, а также Европейский суд по правам человека, рассматривают непризнанное государство в качестве субъекта, несущего ответственность, предусмотренную нормами международного права.

## SUMMARY

Each person who has to do with the issues of the constitutional justice must think over the protection of the rights of people living under the jurisdiction of unrecognized states from the decisions and illegal actions of their national and judicial bodies. As the history witnesses, the question of destiny and status of the nations which fight for their sovereignty, is not solved quickly; it may last for decades. But the protection of rights and freedoms of people is *jus cogens* norm, which acts continuously and can not be stopped or cancelled only because of the fight for sovereignty; its



ethos has appeared from the point of international law in a vague legal-political status. The subjects of international law do not recognize the Nagorny Karabagh as the authorized member of the international family of states. Negotiations are carried on for distinguishing its further status. But its de facto independence has the same historical timeframe as the duration of the independence of Azerbaijan.

Though, NKR is not recognized but it has its national jurisdiction, on the basis of which, judicial, executive and legislative bodies are formed which are recognized by the international organizations as the carriers of public power, and the latter deal with them. A question rises: NKR looks more like a statehood than Afghanistan, Somali or Iraq. At the moment, from the point of international law, the population of NKR has appeared in such a situation, which appears to be nonsense from the judicial point and cannot be considered as sane. Armenia and Azerbaijan, which have concrete ambitions and negotiate on the future status of NKR, are the members of the EC. They have conceded the above mentioned Convention, but it may sound illogical that as if NKR is left out of the protection of the most important international organization and Convention.

It is quite understandable that the issue of protection of the human rights of internationally unrecognized Nagorni Karabakh is at the border of the law and politics, and it is difficult for the European Court to adopt a radical decision.

But as the practice of the International Court states, the latter has always managed to find a logical solution for the complicated situations considering the priority of respect of the human rights.

The author states that the international organizations and courts must form the following position towards the unrecognized states: the unrecognized state is not the member of the international family of the recognized states but its legislative, executive and juridical bodies and the institutions managing the destiny of the nation, are responsible for violation of the rights protected by the norms of international conventions. In the case of such violations, the international institutions, as well as the European Court of Human Rights, consider the unrecognized state as the subject of carrying the responsibility provided by the norms of the international law.



## ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРИНЦИПЫ И ПОЛИТИЧЕСКИЕ РЕАЛИИ В ОСУЩЕСТВЛЕНИИ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ В РЕСПУБЛИКЕ БОЛГАРИЯ

**МАРГАРИТА ЗЛАТАРЕВА**

*судья Конституционного Суда Республики Болгария*

Уважаемый господин Председатель! Уважаемые господа конституционные судьи! Дамы и господа!

В качестве представителя Конституционного суда Республики Болгария позвольте передать сердечные поздравления как от имени моих болгарских коллег, так и от себя лично конституционным судьям Республики Армения в связи с юбилеем их Конституционного Суда. Охранять Конституцию - это честь и ответственность, поручение людям со знаниями и моралью. Будьте в последующие годы, уважаемые коллеги, блюстителями конституционных принципов, защитниками прав человека, сторонниками утверждения демократических ценностей в вашем обществе.

Объявленная организаторами тема, по моему мнению, провоцирует размышления в двух направлениях: во-первых, в какой степени политики используют решения Конституционного Суда для осуществления собственных политических целей, и, во-вторых, в какой степени политики учитывают решения конституционных судов, а также их исполняют.

Второй аспект темы, указанный мною, рассматривать не собираюсь. В течение уже четырнадцатилетней практики Конституционного Суда Республики Болгария почти неизвестны случаи невыполнения его решений со стороны публичной власти. Реакция различных государственных органов на решение Конституционного Суда иногда не является положительной, однако его выполнению можно препятствовать только временно.

Предметом обсуждения с точки зрения практики Конституционного Суда Республики Болгария будет влияние политической власти на решения Конституционного Суда и, наоборот, влияние решений Конституционного Суда на политические процессы.

1. Спор относительно воздействия политической обстановки на решения Конституционного Суда существует давно. Некоторые считают, что посредством конституционного правосудия политические конфликты решаются юридическими средствами. Не разделяю такого вы-

вода, сформулированного много лет назад и часто применяемого при обсуждении этой темы. Конституционный Суд не должен быть участником политического процесса. Верно, что очень часто решения Конституционного Суда имеют политические последствия, которые, однако, являются не самоцелью, а следствием решения юридического казуса. Ведь юридический казус всегда юридический, независимо от причин его возникновения.

2. Очевидно, ситуации, в которых конституционно-правовые моменты переплетаются с политическими, имеются в любом Конституционном Суде.

Поле для дискуссии в Болгарии определяет одно из полномочий Конституционного Суда в соответствии с существующей конституционной моделью - самостоятельное, в обязательном порядке, абстрактное толкование Конституции по требованию полномочного субъекта. Цель такого полномочия: во-первых, посредством толкования построить ясную и непротиворечивую систему конституционных норм и, во-вторых, посредством уяснения точного смысла конкретной конституционной нормы предупредить создание закона, ей не соответствующего.

В последние годы, в связи с вступлением Республики Болгария в НАТО и предстоящего присоединения к Европейскому союзу, политики в Болгарии пытаются использовать, в той или иной степени, полномочия Конституционного Суда по обязательному толкованию Конституции для своих политических целей. Так, наряду с реальной потребностью ответить на вопрос, может ли обычное или Великое Народное Собрание изменить отдельные тексты Конституции в связи с процессом присоединения Республики Болгария к евроатлантическим и европейским структурам, некоторые дела спровоцированы желанием определенных политических личностей создать себе имидж или продемонстрировать политическое значение предложений отдельных политических партий по изменению Конституции<sup>1</sup>.

Далее постараюсь привести примеры с точки зрения близости влияния.

2.1. Так, например, в Решении № 3/2004 года Конституционный Суд ответил на вопрос Президента о возможных изменениях Конституции по следующим вопросам: снятие запрета на приобретение собственности на землю иностранными гражданами, включение распоряжений о европейском гражданстве, делегирование болгарским государственным органам представительных функций в органах Европейского союза и возможность предварительного контроля со стороны Народного Собрания при изготовлении актов Содружества, восприятие европейского

<sup>1</sup> Для пояснения: Конституция Болгарии относится к типу „жестких“, и вопросы в связи с изменением устройства и управления государством могут получить решение только в Великом Народном Собрании, состоящем из 400, а не 240 депутатов.

приказа об аресте. Большая часть заданных вопросов не имеют связи с формой государственного устройства и государственного управления и не нуждаются в толковании по способу изменения Конституции. Однако Конституционный Суд, вместо отклонения запроса как недопустимого, дал на все вопросы положительные ответы в смысле, что нет необходимости в созыве Великого Народного Собрания для осуществления изменений Конституции, указанных Президентом. И это решение было обусловлено желанием суда не замедлять или препятствовать нашей стране исполнить важные этапы по пути в Европейский союз (в таком плане возможно получить упреки).

2.2. Еще раз с не совсем чисто юридическими мотивами в Конституционный Суд обратился Пленум Верховного кассационного суда с просьбой ответить на пять вопросов в связи с изменением структуры судебной системы - неотменимое требование с заданием болгарским законодателям в докладах европейских комиссаров. В решении № 8/2005 года Конституционный Суд посчитал, что, осуществляя свое полномочие абстрактного толкования Конституции, Суд „не всегда обязан давать исчерпывающие ответы на поставленные вопросы ввиду возможной подмены самой сути рассматриваемого полномочия - суд превращается в консультативный орган или выступает в роли позитивного законодателя“.

Конституционный Суд дал обобщенный ответ в смысле, что любое изменение структуры в пределах самой судебной системы не является существенным и его может осуществить обыкновенное Народное Собрание. Таким образом, сохраняя авторитет конституционного правосудия, конституционные судьи обеспечили политикам возможность внести изменения в Конституцию в раздел о судебной власти в определенной рамке.

2.3. В третьем случае Конституционный Суд помог стране быстрее пройти путь к более устойчивому предстоящему военному и политическому сотрудничеству с другими государствами и политическими организациями. Так, например, в Решении № 1/2003 года в результате обсуждения соотношения между двумя распоряжениями Конституции по поводу различных полномочий парламента Конституционный Суд дал толкование, что нет необходимости в разрешении Народного Собрания для направления и участия болгарских вооруженных сил вне страны, а также при переходе и пребывании иностранных вооруженных сил на территории страны, когда это связано с выполнением союзнических обязательств после ратификации, промульгации и вступления в силу для Республики Болгария международного договора политического или военного характера. Принимается, что вооруженные силы политического или военного союза или государств-членов этого союза в силу ратифицированного международного договора не являются иностранны-

ми вооруженными силами в смысле конституционного распоряжения, требующего разрешения Народного Собрания (парламента).

3. Следует отметить немало случаев, в которых решения Конституционного Суда определяют политическое будущее отдельных политических личностей. На основании толкования заложенных конституционным законодательством требований в связи с осуществлением пассивного избирательного права, два раза (на основании Решения № 12/1996 года и Решения № 3/2001 года) суд отклонил кандидатуры в президенты Республики Болгария. В первом случае причиной было отсутствие у кандидата болгарского гражданства по рождению (по происхождению или по местонахождению) в момент рождения<sup>2</sup>, а во втором - из-за несоблюдения требования Конституции, чтобы кандидат в президенты в последние пять лет жил в стране.

4. Следовательно конституционный контроль не только охраняет Конституцию от антиконституционных норм, защищая основные права человека и принципы Конституции; очень часто решения Конституционного Суда оказывают косвенное влияние на политическую жизнь. Однако, к такому влиянию у суда стремления нет. „Функция толкования Конституционного Суда Республики Болгария оказывает положительное воздействие на действия публичной власти, вскрывая заложенные в Конституции руководящие начала и общие критерии. Однако это конкретно не включает создание руководящих начал политического и морально-политического характера“. Все это записано в Решении Конституционного Суда № 4 уже в 1994 году, таким образом конституционный контроль разграничивается от политической деятельности.

Возможное ограничение степени влияния публичной власти - задача, с которой должен справиться каждый Конституционный суд.

## SUMMARY

According to the author, the proposed topic provokes consideration in two directions. First, in what degree the politician use the decisions of the Constitutional Court for the realization of their own political ambitions, second, in what degree the politics take into consideration and exercise the decisions of the Constitutional Court. Taking into consideration that during the fourteen year practice of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria the fact of non-fulfillment of the decisions of the Court was not recorded.

<sup>2</sup> Кандидат в президенты родился в США и автоматически получил американское гражданство, однако болгарское законодательство не допускает двойного гражданства к моменту рождения.

The subject of discussion from the point of practice of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria is the influence of the political powers on the decisions of the Constitutional Court, and, the other way round, the influence of the decisions of the Constitutional Court on the political processes.

The author suggests the following approaches:

1. The Constitutional Court shall not become a party of a political process. It is true that very often the Constitutional Court's decisions have political consequences, which, do not end, but result the solution the legal causes. The legal cause is always legal, despite the cause of its origin.
2. An aspect for discussion in Bulgaria defines one of the powers of the Constitutional Court in correspondence with the existent constitutional model, i.e. independent, obligatory, abstract interpretation of the Constitution by the demand of plenipotentiary subject. First of all, the goal of such power is construct a clear and non-contradicting system of the constitutional norms with the help of interpretation, second, with the help of clarification of the concrete meaning of the constitutional norm prevent adoption of the law non-corresponding to it.
3. The author mentions a number of cases when the decision of the Constitutional Court predetermines the political future of some politicians. On the basis of the interpretation of requirements provided by the constitutional legislation, because of the realization of the passive electoral right, the Court has twice declined the candidacy of the president of the Republic of Bulgaria. In the first case, it was the absence of Bulgarian citizenship of the candidate, and in the second case, non-adherence to the requirements of the Constitution; i.e. the candidate of the president must live in the country for the last five years.
4. The constitutional control not only protects the Constitution from the anticonstitutional norms, thus protecting the fundamental rights of a person and the principles of the Constitution. Very often the decisions of the Constitutional Court apply with implicit affect on the political life. But the Court does not strive for such influence.



# ПРАКТИКА КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ ПО РАССМОТРЕНИЮ КОНСТИТУЦИОННОСТИ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА\*

**ФЕЛИКС ТОХЯН**

*судья Конституционного Суда Республики Армения*

Согласно ст. 100 Конституции РА Конституционный Суд /в дальнейшем - КС/ в предусмотренном законом порядке решает вопросы конституционности законов, постановлений Национального Собрания, указов и распоряжений Президента Республики и постановлений правительства.

Большинство нормативных актов, которые являются объектом рассмотрения КС, являются источниками избирательного права. Однако в КС были обжалованы только вопросы конституционности законов. Многие правовые позиции, выраженные в постановлениях КС, были реализованы в избирательном законодательстве РА.

Среди дел, рассмотренных КС с 1996-2004 гг., всего 2% составляют вопросы, связанные с конституционностью законов и постановлений НС. Причем, в течение этих 9 лет 1/3 депутатов НС (как субъект, имеющий право обратиться в КС РА) обратились в КС РА всего 2 раза (0,4% от общего числа заявлений). В остальных случаях в КС обращался Президент РА. В этот период не было получено ни одного заявления, связанного с конституционностью указов и распоряжений Президента РА и постановлений Правительства. Верны утверждения, что в таких условиях очень сложно говорить о существовании реально действующего конституционного правосудия<sup>1</sup>.

КС РА принял на рассмотрение 3 дела о конституционности избирательного законодательства (они составляют 50% аналогичных дел). Один из них относился к конституционности принятого Закона РА "О выборах органов местного самоуправления" от 30.06.1996г., а два - к конституционности Избирательного кодекса 1999г. В процессе решения вопроса, связанного с конституционностью Закона РА "О выборах органов местного самоуправления", КС решил, что оспариваемые статьи соответствуют Конституции<sup>2</sup>. Нет смысла рассматривать правовую позицию КС по данному делу, так как этот закон утратил свою юридическую силу с момента вступления в силу Избирательного кодекса 1999г.

Первым из вышеназванных дел было рассмотрение конституционности ч.2 ст.3 Закона РА "О местном самоуправлении" от 30.06.1996г.,

\* Представлен на основе выступления в прениях.

<sup>1</sup> См. Арутюнян Г. "От Конституции к Конституции". - Ереван, 2004г. - С. 93.

<sup>2</sup> См. Вестник КС РА, N4 / 1999г.

п.1 ст.2 и п.1 и 2 ст.122 Избирательного кодекса /далее - ИК/ от 5.02.1999г., ч.8 ст.18 Закона РА "О беженцах" от 3.03.1999г и касалось избирательных прав беженцев.

В своем постановлении N 179 от 16.10.1999г. КС РА выразил ряд принципиальных позиций<sup>3</sup>.

Конституция РА разграничивает понятия "местное самоуправление" и "государственное управление". Такая формулировка четко разделяет функциональную и институциональную системы реализации власти. Государство, признавая местное самоуправление как особую форму народовластия, гарантирует право общины, посредством выборных органов местного самоуправления, самостоятельно и распоряжаться собственностью общины, решать вопросы местного значения.

КС отметил, что, основываясь на ст. 59 Закона РА "О местном самоуправлении", Правительство РА своим постановлением N51 от 14.03.1997г. утвердило список имущества общин РА. В том числе тех общин, которые на 100% населены беженцами, постоянно проживающих с 1988 -1991гг. в РА, но не имеющих гражданства РА, а также для таких общин /числом 71/, где больше половины жителей избирательного возраста являются беженцами, проживающими в течение 10 лет на территории Армении, но не имеющими гражданства.

КС посчитал, что если последние не участвуют в создании органов местного самоуправления в соответствии с демократическими принципами, то они, по сути, отчуждаются от конституционного права по собственному усмотрению владеть, пользоваться и распоряжаться собственностью (ч.2 ст.8 Конституции РА), а также от закрепленной законом возможности решать судьбу собственности общины (Гражданский кодекс РА, ст. 163).

Нормы, относящиеся к избирательному праву, утверждены в ряде статей Конституции РА /ст.ст. 2,3,27,44,50 - 53,64,110/. Толкуя их смысл, КС отметил:

- а) ст. 2 Конституции РА закрепляет право народа реализовать свою власть с помощью органов местного самоуправления;
- б) понятия "местное самоуправление" и "государственное управление" отличны;
- в) целью формирования органов местного самоуправления /далее ОМС/ является распоряжение общинной собственностью и разрешение вопросов местного значения.
- г) для лиц, постоянно проживающих в данной общине, но не являющихся гражданами РА, нет никаких прямых ограничений в формировании ОМС и их деятельности.

Комментируя суть гарантированных Конституцией избирательных прав граждан, КС отметил, что Конституция РА, непосредственно закрепив право принятия участия в государственном управлении через своих представителей граждан РА, достигших 18 лет, одновременно

<sup>3</sup> См. Вестник КС РА, N1 / 2000г.



не исключает возможности предоставления избирательного права на уровне местного самоуправления лицам, постоянно и законно проживающим в РА, имеющим определенный статус, не являющимся гражданами РА (беженцы и переселенцы). По данному делу КС решил:

1. Положение п. 1 ст. 2 ИК РА соответствует Конституции РА в том смысле, что право участия в управлении государством предоставляется гражданам, достигшим 18 лет (выборы Президента РА, парламент РА, общегосударственные референдумы).

2. Положение ч. 8 ст. 18 Закона РА "О беженцах" соответствует Конституции РА постольку, поскольку оно касается ограничений прав беженцев в участии в государственном управлении (выборы Президента РА, НС РА, общегосударственные референдумы).

3. Положения ч. 2 ст. 3 Закона РА "О местном самоуправлении"; п. 1 ст. 2, п. 1 и 2 ст. 122 ИК РА; ч. 8 ст. 18 Закона РА "О беженцах", которые исключают право участия в выборах ОМС беженцев, постоянно проживающих на законном основании в РА, не соответствуют требованиям ст.ст. 2, 4, 8, 27, 105 Конституции РА.

Фактически, во исполнение постановления КС, через 2 дня после его принятия, Президент РА принял Указ от 18.10.1999 г. "Об отсрочке проведения выборов органов местного самоуправления в ряде общин РА" и постановил: 1) отсрочить выборы ОМС в тех общинах РА, свыше 50% населения которых составляют беженцы, до тех пор, пока на законодательном уровне урегулируется вопрос участия беженцев в выборах ОМС; 2) в данных общинах действующие ОМС продолжают свои полномочия до тех пор, пока не будут избраны новые ОМС; 3) поручить Правительству РА в порядке законодательной инициативы в возможно короткие сроки определить порядок участия беженцев в выборах ОМС и проведение выборов в данных общинах"<sup>4</sup>.

*Уместно отметить, что по Конституции РА не предусмотрена возможность отсрочки выборов какого-либо уровня со стороны каких-либо государственных органов и продления сроков полномочий этих органов, установленных Конституцией РА.*

21.04.2000г. парламент РА внес изменения в ИК РА, предоставив лицам, имеющим статус беженца, право участвовать в выборах ОМС. Таким образом, правовая позиция, выраженная в постановлении КС, нашла свою реализацию в избирательном законодательстве, и тысячи беженцев смогли участвовать в выборах ОМС, состоявшихся в 2000 г., в тех общинах, где выборы были отсрочены.

Следующее дело, принятое на рассмотрение КС, касалось вопроса о соответствии Конституции РА п.3 ст.14 ИК РА. Согласно требованиям этой статьи, в течение 2 дней до выборов, а также в день выборов, списки избирателей не подлежали изменению, в том числе и в судебном порядке.

КС, рассмотрев условия и цели возможных ограничений избирательных прав граждан, закрепленных в Конституции, отметил, что в данном слу-

<sup>4</sup> См. Официальный вестник РА N 26 (92), 19.10.1999г.

чае отсутствуют перечисленные в ст.44 Конституции ценности, для защиты которых могут ограничиваться права человека и гражданина.

По этому делу КС обратился к положениям важных международно-правовых документов, регулирующих эту проблему, и к требованиям ст. 13 Европейской конвенции "О защите прав и основных свобод человека", согласно которой каждый человек, чьи права и свободы, закрепленные в Конвенции, нарушаются, имеет право эффективной правовой защиты перед государственными органами, если даже это нарушение допустили должностные лица.

КС РА также отметил, что из ст.153 и 154 Гражданско-процессуального кодекса РА следует, что для восстановления нарушенного избирательного права гражданин может обратиться в суд, рассматривающий гражданские дела, в том числе в день выборов, и заявление, полученное в этот день, рассматривается немедленно.

КС выразил важную позицию, что оспариваемая норма ИК, исключая возможность в данных случаях внесения изменений в избирательный список по решению суда, может создать не только противоречивую правоприменительную практику, но и делает неэффективным данный метод защиты права.

По этому делу КС РА постановил, что обжалуемые положения п.3 ст.14 ИК, ограничивающие возможность судебной защиты нарушенного избирательного права, не соответствуют II части ст.38 Конституции РА, а также ст.ст. 1,2,3,4 и 27 - Конституции РА. Согласно ч.3 ст.6 Конституции РА они утратили свою юридическую силу.

К сожалению, парламент РА не проявил должного оперативного внимания и до выборов Президента, не внес необходимые изменения в ИК РА, соответствующие правовой позиции КС.

ЦИК РА сделала попытку дополнить созданный законодательный пробел и приняла постановление от 9.10.2003г N 15/1-Н, чем превысила свои законные полномочия, выступив как "мини" законодатель. Интересно, что в качестве юридической основы этого решения, ЦИК руководствовалась постановлением КС от 1.10.2002г. N 389<sup>5</sup>. В частности ЦИК решила, что неточности в списках избирателей за 2 дня и в день выборов могут быть обжалованы в суде и буквально обязала суды незамедлительно рассмотреть неточности в списках, которые не подлежат обжалованию.

Безусловно, ЦИК ни по Конституции и ни по Избирательному кодексу не была уполномочена давать обязывающие указания судебным инстанциям. Однако, по всей вероятности, это было сделано с целью обеспечить восстановление избирательных прав граждан с помощью судов, и этот шаг практически оправдал себя. На прошедших 19.02.2003г. президентских выборах РА 10430 граждан, не включенных в избирательный список, восстановили свои избирательные права с помощью суда.

<sup>5</sup> См. Решения Центральной избирательной комиссии РА. Президентские выборы РА, 19.02.2003г. - Ереван, 2003г. - С. 46.

Парламент до очередных выборов парламента 25.05.2003г. обязан был решить создавшуюся правовую коллизию и внести соответствующие изменения в ст. 14 ИК РА, приняв за основу требования постановления КС РА от 1.10.2002г. N. 389. Однако законодатель дал решение этому вопросу только через 3 года, во время очередных широкомасштабных изменений и дополнений в ИК РА от 19.05.2005г<sup>6</sup>.

Таким образом, практика КС свидетельствует, что соответствующие высшие органы государственной власти и, в первую очередь, законодатель не всегда оперативно и надлежащим образом реагируют на требования постановлений КС РА, не неся конституционной ответственности. Надлежащее исполнение решений органов конституционного правосудия является одной из основных проблем почти всех стран молодой демократии. Для ее решения необходимы новые конституционно-правовые механизмы.

Конституционные реформы, которые выносятся на референдум 27.11.2005г., решат некоторые вышеупомянутые основополагающие вопросы. Однако, к сожалению, эти конституционные изменения не полностью обеспечивают независимую и плодотворную деятельность КС, как верховного защитника Конституции.

## SUMMARY

The author has analyzed the practice of the Constitutional Court of the Republic of Armenia on considering the constitutionality of the RA electoral legislation. Among the cases, reviewed by the Constitutional Court from 1996 to 2004, the issues, related to the constitutionality of the normative acts, come to only 2% of all. However, the majority of these cases (more than 50%) are related with the constitutionality of the legislation of the elections of the Republic of Armenia.

During the hearings the Constitutional Court has mainly adopted decisions on the non-constitutionality of the norms of the Electoral Code. A legislative gap was created. Unfortunately, the RA Parliament does not always react operatively to the statements of the CC and conformed the election legislation with the legal positions of the Constitutional Court only after the elections. During the elections this gap was filled with the decrees of the President and decisions of the Central Election Commission that did not possess with precise legal basis.

The author raises the question of the necessity of consolidation of the mechanisms of the constitutional responsibility of the state bodies for failure or improper execution of the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Armenia.



<sup>6</sup> См. Официальный вестник РА, N 36(408) 10.06.2005г.

## СОДЕРЖАНИЕ

### Вступительное слово на X Ереванской международной конференции

<b>Гагик Арутюнян</b> Председатель Конституционного Суда Республики Армения .....	5
--	---

### Приветствия на X Ереванской международной конференции

<b>Роберт Кочарян</b> Президент Республики Армения .....	10
---	----

<b>Джианни Букикио</b> Секретарь Венецианской комиссии Совета Европы .....	14
---	----

<b>Люциус Вальдхабер</b> Председатель Европейского суда по правам человека .....	21
---	----

<b>Шерил Сандерс</b> Председатель Международной ассоциации конституционного права .....	23
---	----

### Доклады на X Ереванской международной конференции

<b>Марек Сафян</b> Ответственность публичной власти как признак правового государства .....	27
---	----

<b>Пьер Мазо</b> Роль неправовых предположений в решениях конституционного судьи .....	39
--	----

<b>Валерий Зорькин</b> Защита конституционных основ публичной власти и политических прав граждан в практике Конституционного Суда России .....	55
<b>Ян Мазак</b> Реформирующие законы в судебном процессе Конституционного Суда Словакии .....	68
<b>Джони Хецуриани</b> Значение прецедентного права Европейского суда по правам человека для национального права .....	73
<b>Валентин Шуклин</b> Построение правового государства в Республике Беларусь и роль Конституционного Суда в обеспечении верховенства Конституции .....	79
<b>Гидо Неппи Модона</b> Конституционное правосудие и политика в практике Италии .....	88
<b>Клод Клайн</b> Верховный Суд Израиля: парадигма суда в круговороте политики .....	96
<b>Берит Аявиксу</b> Принятие "политических" решений в практике Верховного Суда Эстонии .....	104
<b>Айварс Эндзинш</b> Применение принципа правового доверия при обстоятельствах общественной политической трансформации .....	110
<b>Тигран Торосян</b> Роль конституционных процессов в постсоветской трансформации .....	119
<b>Гагик Арутюнян</b> Некоторые политико-правовые деформации конституционализма в трансформирующихся общественных системах .....	137
<b>Думитру Пулбере</b> Официальное толкование Конституции Конституционным Судом: правовая необходимость и политические последствия .....	156

**Шерил Сандерс**

Дискуссии по социальным и экономическим правам, закон,  
политика и деньги ..... 165

**Звонко Фишер**

Важность конституционных жалоб в обеспечении справедливого  
судебного процесса по уголовным делам ..... 176

**Илма Чепане**

Право на справедливый суд как один из важнейших принципов  
в осуществлении конституционного контроля ..... 198

**Арманас Абрамовичюс**

Некоторые аспекты исполнения решений  
Конституционного Суда Литовской Республики ..... 204

**Владимир Оганесян**

Некоторые проблемы защиты прав человека в непризнанных  
государствах ..... 214

**Маргарита Златарева**

Юридические принципы и политические реалии  
в осуществлении конституционного контроля  
в Республике Болгария ..... 220

**Феликс Тохян**

Практика Конституционного Суда Республики Армения  
по рассмотрению конституционности избирательного  
законодательства ..... 225

# CONTENTS

## Opening speech at X Yerevan International Conference

<b>Gagik Harutyunyan</b> President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia .....	5
--	---

## Greetings at X Yerevan International Conference

<b>Robert Kocharyan</b> President of the Republic of Armenia .....	10
---	----

<b>Gianni Buquicchio</b> Secretary of the Venice Commission of the European Council .....	14
--	----

<b>Louis Wildhaber</b> President of the European Court of Human Rights .....	21
---	----

<b>Cheryl Saunders</b> President of the International Association of Constitutional Law .....	23
--	----

## Reports at X Yerevan International Conference

<b>Marek Safjan</b> Responsibility of the Public Power as a Standard of Rule of Law State .....	27
---	----

<b>Pierre Mazeaud</b> The Role of Non-Legal Arguments in the Constitutional Court Decisions .....	39
---	----

<b>Valery Zorkin</b> Protection of the Basics of the Constitutional System in the Constitutional Court of Russian Federation .....	55
--	----

<b>Jan Mazak</b>	
Reform Laws in the Exercise of the Constitutional Court of Slovakia .....	68
<b>John Khetsuriani</b>	
Importance of the European Court of Human Rights Precedent Law for the National Law .....	73
<b>Valentin Shchuklin</b>	
The Construction of the State of Law in the Republic of Belarus and the Role of the Constitutional Court in the Provision of the Rule of Law of the Constitution .....	79
<b>Guido Neppi Modona</b>	
The Legal Principles and Political Reality in the Exercise the Constitutional Control .....	88
<b>Claude Klein</b>	
The Supreme Court of Israel: the Paradigm for a Court in Maelstrom Politics .....	96
<b>Berit Aaviksoo</b>	
Political Decision - Making in the Practice of the Constitutional of the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court of Estonia .....	104
<b>Aivaris Endzins</b>	
The Principle of Legal Certainty within the Jurisdiction of the Republic of Latvia Constitutional Court .....	110
<b>Tigran Torossyan</b>	
Role of the Constitutional Processes in Post-Soviet Transformation .....	119
<b>Gagik Harutyunyan</b>	
Certain Legal-Political Deformations of the Constiutionalism in the Reforming Social Systems .....	137
<b>Doumitrou Pulbere</b>	
Official Interpretation of the Constitution by the Constitutional Court: Legal Necessity and Political Consequences .....	156
<b>Cheryl Saunders</b>	
Disputes over Social and Economic Rights: Law, Politics and Money	165



<b>Zvonko Fišer</b>	
The Importance of the Constitutional Complaint for a Fair Trial in Criminal Cases .....	176
<b>Ilma Cepane</b>	
The Right to a Fair Court as One of the Most Important Principles in Realization of the Constitutional Control .....	198
<b>Armanas Abramavichus</b>	
Some Aspects of Implementation of the Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania .....	204
<b>Vladimir Hovhanessyan</b>	
Some Problems of Protection of Human Rights in the Unrecognized States .....	214
<b>Margarita Zlatareva</b>	
Legal Principles and Political Reality in the Exercise of the Constitutional control of the Republic of Bulgaria .....	220
<b>Felix Tokhyan</b>	
Practice of the Constitutional Court of the Republic of Armenia in the Exercise of the Constitutional Electoral Legislation .....	225

**ИЗДАЕТСЯ ПО РЕКОМЕНДАЦИИ КОНФЕРЕНЦИИ  
ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ СТРАН  
МОЛОДОЙ ДЕМОКРАТИИ ЦЕНТРОМ  
КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РА**

РУКОВОДИТЕЛЬ ПРОЕКТА

**Г.Г. АРУТЮНЯН**

ПРЕДСЕДАТЕЛЬ  
КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА  
РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ,  
ДОКТОР ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК, ПРОФЕССОР

**IS PUBLISHED ON RECOMMENDATION OF THE  
CONFERENCE OF CONSTITUTIONAL CONTROL BODIES  
OF THE STATES OF NEW DEMOCRACY, BY THE CENTRE  
OF THE CONSTITUTIONAL LAW OF RA**

HEAD OF THE PROJECT

**G.G. HARUTYUNYAN**

PRESIDENT OF THE CONSTITUTIONAL  
COURT OF THE REPUBLIC OF ARMENIA,  
DOCTOR OF LAW, PROFESSOR

**ISSN 1829-0124**

© «ԵՃԱՐ» - 2005

© «НЖАР» - 2005

© «NJHAR» - 2005

**INTERNATIONAL ALMANAC**  
CONSTITUTIONAL JUSTICE IN THE NEW MILLENNIUM

**ALMANACH INTERNATIONAL**  
JUSTICE CONSTITUTIONNELLE AU NOUVEAU MILLENAIRE

**INTERNATIONALER ALMANACH**  
VERFASSUNGSJUSTIZ IM NEUEN JAHRTAUSEND

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ АЛЬМАНАХ**  
КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ В НОВОМ ТЫСЯЧЕЛЕТИИ

**Над выпуском работали:**  
**At the publication worked:**

(Руководитель группы) А. АКОПЯН	А. НАКОРЯН (Head of the group)
В. ВАГРАМЯН	V. VAHRAMYAN
Л. АКОПЯН	L. НАКОРЯН
А. НЕРСИСЯН	A. NERSYSYAN
И. ДАНИЕЛЯН	I. DANIELYAN
Л. КАЗАРЯН	L. GHAZARYAN
В. МАРКАРЯН	V. MARGARYAN
Н. ХАЧИКЯН	N. KHACHIKYAN

**Материалы Альманаха публикуются в авторской редакции**  
**The materials of Almanac are published in author's edition**

**Тираж/circulation: 1000**



**Адрес редакции:**  
375019, Ереван, пр. Баграмяна 10  
Тел.: 529991, 588189  
Факс: 529991  
E-mail: armlaw@concourt.am  
centercon@concourt.am  
URL: <http://www.concourt.am>



## **XI Yerevan International Conference**

*"Role of the constitutional courts in the  
provision of democratic elections"*

## **XI conférence internationale d'Erévan**

*"Role of the constitutional courts in the  
provision of democratic elections"*

## **XI Ереванская Международная Конференция**

*"Роль конституционных судов  
в обеспечении демократических выборов"*

Алманас  
Алманас  
Алманас  
Алманас  
Альманах

